

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LARISSA MARCELI NÓBREGA FARIAS

**O DIREITO BRASILEIRO E SUA VINCULAÇÃO À JURISDIÇÃO DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

Estudo de caso: Guerrilha do Araguaia

JOÃO PESSOA

2015

LARISSA MARCELI NÓBREGA FARIAS

**O DIREITO BRASILEIRO E SUA VINCULAÇÃO À JURISDIÇÃO DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

Estudo de caso: Guerrilha do Araguaia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a. Me. Lenilma Cristina Sena
de Figueiredo Meirelles

JOÃO PESSOA

2015

Farias, Larissa Marcell Nóbrega.

F224d O direito brasileiro e sua vinculação à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estudo de caso: Guerrilha do Araguaia / Larissa Marcell Nóbrega Farias – João Pessoa, 2015.
78 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2015.

Orientador: Prof^a. Me. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

1. Direitos Humanos. 2. Direito Brasileiro. 3. Corte Interamericana de Direitos Humanos. I. Meirelles, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. II. Título.

BSCCJ/UFPB
341:342.7

CDU –

LARISSA MARCELI NÓBREGA FARIAS

**O DIREITO BRASILEIRO E SUA VINCULAÇÃO À JURISDIÇÃO DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

Estudo de caso: Guerrilha do Araguaia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^ª. Me. Lenilma Cristina Sena
de Figueiredo Meirelles

Banca examinadora

Data de aprovação: ____ de ____ de ____

Prof^ª. Me. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(Orientadora)

Examinador 1

Examinador 2

Às minhas avós:

Horácia Silva Araújo Nóbrega e Josefa de Farias Silva.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de infinito amor, pela renovação diária de minhas forças para concretizar os sonhos mais lindos que Ele sonhou para mim. A Nossa Senhora, pelo auxílio e amor de mãe, me conduzindo sempre, através dos meus passos, ao coração do Pai. Aos meus pais, Marcelo e Rose, pelo amor e ensinamentos diários. Por me fazerem completa em valores e sentimentos bons enquanto filha, amiga, cidadã e cristã. Por se alegrarem comigo em cada vitória e por me ensinarem, no silêncio do meu pai e na firmeza de minha mãe, que nenhum obstáculo seria grande o suficiente para impedir que eu fosse mais longe, alcançando a linha da vitória. A minha irmã, Thais, por ser minha alegria diária e por sempre colocar em meu coração que posso me orgulhar do que sou porque sou para ela o seu maior orgulho. Ao meu tio e padrinho Lindivaldo, pelo exemplo de pessoa, de cidadão e de cristão. Pela dedicação, junto a mim, na elaboração deste trabalho, e por ter feito de mim sua aluna, não apenas das simples regras de português, mas da vida. Aos meus amigos, fontes de sorrisos e alegrias. Pelo apoio e compreensão na minha ausência, nos meus momentos de dúvida e medo. Pela companhia, pela força e pela confiança nos meus passos. Ao meu namorado, Eduardo, pela compreensão na minha ausência e pela confiança. Por ser a imagem e semelhança de Deus na minha vida e por me ajudar a crescer diariamente. Obrigada pelos sorrisos distribuídos em cada momento de minha volta depois de longos e intermináveis dias de ausência. A minha orientadora Lenilma, pelo apoio e dedicação na orientação deste trabalho. Obrigada pela confiança, pelos ensinamentos e pela disponibilidade em me orientar.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 abriu o ordenamento jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna ampliou o rol de tais direitos ao reconhecer os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, a partir de sua ratificação pelo Estado. Dessa forma, o Brasil aceitou e ratificou diversos tratados internacionais de proteção, entre eles, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), contraindo a obrigação primária de garantir e efetivar os direitos protegidos por este documento internacional. Não obstante a ratificação de tratados internacionais pelos Estados nacionais, a proteção dos direitos humanos a nível internacional exige a criação de tribunais internacionais responsáveis pela interpretação e aplicação daqueles instrumentos normativos de proteção, a fim de que seja reconhecida e declarada a responsabilidade dos Estados todas as vezes que incorrer em descumprimento dos dispositivos convencionais. Os tratados, juntamente com os tribunais formam a estrutura dos sistemas internacionais de proteção. O Brasil integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e, além de ser signatário do Pacto de São José, reconhece a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela interpretação e aplicação daquela Convenção. Com o reconhecimento da função jurisdicional da Corte, o Brasil vincula-se as decisões proferidas por esta, de modo que vindo a ser declarada a sua responsabilidade internacional por violação a dispositivos do Pacto de São José, este deve adotar as medidas cabíveis para efetivar as reparações ordenadas, e principalmente, consolidar a proteção dos direitos humanos no âmbito interno do ordenamento jurídico do país. Neste sentido, por ter reconhecido a jurisdição da Corte, o Brasil foi réu em alguns casos julgados por este órgão, entre os quais, a “Guerrilha do Araguaia”, no qual foi condenado por diversas violações aos direitos humanos perpetradas na época da ditadura militar. Frente a sua condenação, luta o Estado brasileiro para cumprir integralmente a sentença e, consequentemente, dar a máxima eficácia a dois dos seus princípios fundamentais: o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Brasileiro. Vinculação. Jurisdição. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	13
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS: O FUNDAMENTO BÁSICO DA PROTEÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	13
2.2 AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	19
3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	23
3.1 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ)	23
3.2 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	25
3.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	29
4 O DIREITO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	34
4.1 A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO	34
4.2 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO: DECRETO Nº 678, DE 06.11.1992	40
4.3 A JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTEIDH: DECRETO LEGISLATIVO Nº 89, DE 03.12.1998	43
4.4 A APLICAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTEIDH NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	44
4.5 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO PELA VIOLAÇÃO DOS PRECEITOS DA CONVENÇÃO	47
5 ESTUDO DE CASO: GUERRILHA DO ARAGUAIA	51

5.1 ASPECTOS GERAIS DA DECISÃO	51
5.2 FUNDAMENTOS	54
5.2.1 Exceções Preliminares: incompetência <i>ratione temporis</i> da Corte, falta de esgotamento dos recursos internos e vedação à quarta instância	54
5.2.2 O direito à personalidade jurídica, à vida, à integridade e às liberdades pessoais e o desaparecimento forçado de pessoas	57
5.2.3 O direito às garantias judiciais e à proteção judicial e a Lei de Anistia brasileira – Lei n. 6.683/79	60
5.2.4 O direito à liberdade de pensamento, de expressão, de acesso à informação e as medidas judiciais correspondentes	63
5.3 INOVAÇÃO: MEDIDAS DE REPARAÇÃO ADOTADAS PELO ESTADO	65
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

No dia 10 de dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade entregou à Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, o relatório final com a descrição de todas as atividades realizadas ao longo de dois anos e sete meses, e das graves violações de direitos humanos ocorridas no período de 1964 a 1985, momento em que o Brasil conheceu as forças de uma ditadura militar.

O relatório, ao longo de três volumes, descreve detalhadamente as práticas de tortura, os locais em que estas ocorreram, os responsáveis, as vítimas e, principalmente, o papel do Estado enquanto repressor e, posteriormente, na vigência do atual Estado democrático, reparador dos danos físicos, morais e sociais.

Este relatório, assim como toda a atuação da Comissão Nacional da Verdade, e até mesmo a sua criação, estão diretamente relacionados à condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CorteIDH - pelos desaparecimentos forçados na Guerrilha do Araguaia, movimento de oposição ao regime militar composto por militantes do Partido Comunista do Brasil.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no dia 24 de novembro de 2010, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado dos guerrilheiros do Araguaia. No teor da sentença, o Tribunal declarou que a prática do desaparecimento forçado viola dispositivos expressos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tratado do qual o Brasil tornou-se parte em 1992.

Por ter reconhecido a competência jurisdicional da Corte, em 1998, o Estado brasileiro está vinculado às decisões proferidas por este órgão, fato que justifica a obrigação de adotar as medidas impostas para dar o devido cumprimento à referida sentença.

O caso Guerrilha do Araguaia foi apenas um dos onze casos já processados e julgados pela Corte em que o Estado brasileiro figura como réu. Este presente trabalho fará uma análise deste caso, em especial, do teor da sentença proferida pelo tribunal, a fim de demonstrar no plano fático as premissas elencadas e discutidas ao longo do trabalho, e que emergirão para uma só conclusão: a de que o Direito brasileiro está vinculado à Jurisdição da CorteIDH.

No primeiro capítulo, analisar-se-á o fundamento básico de proteção dos direitos humanos, qual seja, o seu caráter universal, a partir de uma reflexão das teorias, desde a

Antiguidade até o pós-guerra, que integraram o bloco doutrinário acerca da universalidade destes direitos.

Afirmada a universalidade de tais direitos, assim como sua importância, uma vez que são inerentes a todo e qualquer ser humano, e diante das violações ocorridas ao longo da história, ver-se-á a criação de um ramo próprio do Direito Internacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tratará da proteção destes direitos no âmbito internacional, como resposta à insuficiência da proteção apenas no âmbito interno de um Estado.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como ramo autônomo, com normas e princípios próprios, tem como um de seus fundamentos a relativização da soberania nacional, que ficou mais evidente com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, órgão que deu origem ao Sistema Global de Proteção. Nos planos regionais, foram criados os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, que atualmente se dividem em: Sistema Europeu, Sistema Interamericano e Sistema Africano.

Ainda no primeiro capítulo será destacado que ambos os sistemas de proteção – Global e os Regionais – são formados por um aparato normativo, que compreende os tratados internacionais de proteção, e um conjunto de órgãos responsáveis por sua interpretação e aplicação.

O Brasil, enquanto membro da Organização dos Estados Americanos - OEA, e signatário de diversos tratados internacionais de proteção, integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que tem como principal instrumento internacional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, como órgão jurisdicional, a CorteIDH.

A respeito do Sistema Interamericano, no segundo capítulo buscar-se-á expor detalhadamente toda a sua estrutura, destacando-se as funções da Comissão e da Corte e um estudo geral acerca do Pacto de São José e seus dispositivos.

Explicitado todo o fundamento de proteção dos direitos humanos e como se deu a formação de um aparato internacional de proteção, consolidado com a criação de tratados e órgãos para a aplicação destes, será analisado, no terceiro capítulo, em que momento o Brasil atentou-se para a necessidade de se garantir, em seu âmbito interno, a efetivação dos direitos fundamentais, e quais são as previsões legais que refletem sua inserção como um Estado Democrático de Direito preocupado com a proteção dos direitos da pessoa humana.

Neste contexto, será de suma importância o estudo do texto constitucional de 1988, em especial quanto aos artigos 1º, III; 4º, II; e 5º, §§ 2º e 3º¹, que representam a abertura do ordenamento jurídico brasileiro à ordem internacional de proteção, uma vez que dispõe acerca da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e admite os tratados internacionais de direitos humanos como fontes de direitos a serem acrescidos no rol do art. 5º.

Verificar-se-á, dessa forma, que o Brasil, buscando integrar-se à comunidade internacional no que diz respeito à doutrina dos direitos humanos, ratifica a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, em 1992, e reconhece a competência jurisdicional obrigatória da CorteIDH, em 1998, vinculando-se à atividade jurisdicional deste órgão. Desta maneira, será feito um estudo de como são aplicadas as decisões da Corte no Direito brasileiro e a consequente responsabilização pelo descumprimento tanto das normas convencionais como das decisões daquele órgão.

Por fim, no quinto capítulo deste trabalho, será realizado o estudo da decisão do caso Guerrilha do Araguaia, buscando demonstrar todos os fundamentos que justificam a obrigação do Brasil em cumpri-la. Registra-se que neste capítulo o relatório da Comissão Nacional da Verdade e a Resolução de Cumprimento da Sentença, esta divulgada pela Corte, permitirão visualizar a dinâmica do Estado brasileiro no que diz respeito a satisfazer as suas obrigações internacionais.

Utilizar-se-á para a elaboração deste trabalho o método categórico-dedutivo, pois tem como ponto de partida uma afirmação de caráter universal, admitindo-se enfoques ou abordagens específicas sobre a matéria. Adotando-se esse método, será elaborada uma pesquisa mais teórica. No presente trabalho, partir-se-á das premissas de que existe uma vinculação do Estado Brasileiro à Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a obrigação deste na observância das decisões daquele Tribunal Internacional e, assim, as premissas serão apresentadas e demonstradas no caso “Guerrilha do Araguaia”.

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Quanto à pesquisa desenvolvida, a técnica aplicada será a bibliográfica e documental, a partir da utilização de obras e outros documentos bibliográficos, como artigos e periódicos, concernentes ao assunto. Ademais, haverá a utilização de um documento normativo, qual seja, a sentença proferida pela Corte no caso “Guerrilha do Araguaia”.

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS: O FUNDAMENTO BÁSICO DA PROTEÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A discussão em torno da internacionalização dos direitos humanos e a consequente formação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos têm como premissa a necessidade de se conferir a tais direitos uma proteção que ultrapassa o âmbito interno de um Estado.

Antes de se entender todo o processo de internacionalização e formação deste ramo autônomo do Direito, faz-se necessário compreender o fundamento básico da proteção desses direitos, de modo que se visualizem as razões pelas quais se tenha uma preocupação em protegê-los, reconhecê-los e efetivá-los, não apenas internamente, mas também na esfera internacional.

A ideia da existência de direitos inerentes à pessoa humana esteve presente em quase todas as civilizações, de modo que os valores de liberdade, igualdade, justiça e tratamento digno às pessoas sempre permearam a construção do Estado e a evolução da sociedade.

Na Antiguidade, mais precisamente na Mesopotâmia, a primeira lei escrita conhecida - o Código de Hamurabi - já trazia em seu texto normas no sentido de evitar a “opressão dos fracos” e a busca pelo “bem-estar do povo”.

No Mundo Antigo, representado pela Grécia e Roma, também já havia resquícios de direitos de liberdade e igualdade, além da ideia de justiça, consolidada por Platão, em sua obra República, que defendia ser justa a defesa dos direitos, do bom e do sábio, e que a justiça deveria superar os atos de injustiça, além de ter como dever o respeito aos direitos. É na Grécia que surgem os primeiros contornos do direito natural, a partir de Aristóteles, que acreditava que em uma *polis* existiam tanto o direito natural como o direito positivo, e que enquanto o direito natural gozava de eficácia em toda e qualquer parte, o direito positivo dependia de seu reconhecimento e imposição em determinada comunidade.

A luz do direito romano, a dicotomia entre direito natural e direito positivo deve ser compreendida a partir da existência de *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*. Apesar da tríplice distinção, são o *jus gentium* e o *jus civile* que correspondiam à distinção entre direito natural e direito positivo.

No Mundo Antigo, os direitos eram reconhecidos somente aos cidadãos, excluindo da sua titularidade as mulheres, os estrangeiros e os escravos, demonstrando, pois, que não havia igualdade entre estes e os cidadãos. O dogma do universalismo dos direitos, que justificaria posteriormente uma proteção interna e internacional, só surgiu com a tradição judaico-cristã, que representou um grande impacto para a construção dos direitos humanos.

Os judeus foram um dos povos estrangeiros que não tiveram seus direitos reconhecidos e que por isso sofreram perseguições e escravidão no Egito, vindo a ser libertos somente quando, liderados por Moisés, conseguiram fugir. Desse fato advém a passagem de Êxodo 22:21 - “Não maltratarás o estrangeiro, nem o oprimirás, pois estrangeiro foste na Terra do Egito.”

Como ensina Napoleão Casado Filho (2012, p. 26-28), esta previsão de respeito ao não cidadão pode ser considerada como fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana. A busca pelo respeito, defendida pelos judeus e cristãos, tem como fundamento o fato de que Deus criou o homem a sua imagem e semelhança, colocando nele um pouco de Sua essência, o que o torna digno de respeito.

O cristianismo contribuiu para a construção dos direitos humanos com os teóricos da Igreja Católica, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, que debateram o direito natural à luz de um pensamento medieval.

Santo Agostinho considerava o governo, o direito e a propriedade como frutos do pecado; e as leis se dividiam em leis terrenas e leis eternas. A Igreja, como guardiã da Lei de Deus, deveria intervir todas as vezes que a lei terrena contrariasse as leis oriundas de Deus.

São Tomás de Aquino, na *Summa Theologica*, dividiu as leis em *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana* e *lex divina*. A *lex naturalis* e a *lex humana* correspondiam à distinção entre direito natural e o direito positivo. Ensina Bobbio (1995) que para São Tomás de Aquino a *lex humana* deriva da natural por atividade do legislador, que a reconhece e a efetiva impondo em determinada comunidade. Ainda, as leis humanas não deveriam contrariar as leis divinas e as leis naturais.

Tanto Santo Agostinho como São Tomás de Aquino adaptaram o direito natural, defendido por Aristóteles, ao Cristianismo, criando assim a doutrina cristã embasada na fé e na razão. Importante ressaltar que, nesse período da Idade Média, o direito natural revelou-se como um direito superior ao direito positivo, pois era visto como uma norma fundada na própria vontade de Deus e por Ele revelada à razão humana. Segundo Bobbio (1995, p. 26), “desta concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.”

Vencido o período medieval, inicia-se, no fim do século XV, o período do Estado Moderno, onde o Estado concentrou em si todos os poderes, acarretando na ocorrência de diversos conflitos, perseguições políticas, aplicações de tortura e penas cruéis. Em resposta à violação de tantos valores e direitos, surgem as ideias iluministas e liberais. E mais ainda, as chamadas Revoluções Burguesas, frutos da indignação da classe burguesa, e que resultariam em grande impacto para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais.

Da Revolução Gloriosa, na Inglaterra, no início dos anos 1600, extrai-se a assinatura da Declaração de Direitos (Bill of Rights), que representou a primeira declaração moderna a limitar os poderes de um soberano por iniciativa daqueles que representavam o povo: o Parlamento.

Da Revolução Americana, no final do século XVIII, fundaram-se os Estados Unidos da América, sendo o primeiro Estado baseado nos direitos fundamentais, uma vez que na sua Declaração de Independência a justificativa para a separação das colônias americanas do domínio inglês estava na Lei Natural, e desta decorria a premissa de que todos os homens foram criados iguais, dotados por Deus de certos direitos inalienáveis, como à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Segundo Casado Filho (2012, p. 30-32), a previsão de tais valores tem um “um valor histórico imensurável e coloca os Estados Unidos da América em uma posição de vanguarda no assunto dos direitos fundamentais.”

Contudo, apesar da Declaração e da Constituição Americana falarem em igualdade entre todos os homens, prevalecia nos Estados Unidos o regime escravocrata, o que demonstrou que tais direitos ainda não haviam sido plenamente efetivados.

Na Europa, o início da derrubada de diversos governos absolutistas se deu com a Revolução Francesa, a partir do reconhecimento dos direitos à liberdade, à igualdade e à fraternidade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, considerada um verdadeiro código dos direitos humanos para aquela época.

Não obstante as revoluções burguesas terem resultado no reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana, como a igualdade de todos, constata-se que este direito, no plano material, inexistia, o que ficou mais evidente com a Revolução Industrial, em que os operários, desprovidos de poder econômico e técnico, estavam submetidos às condições indignas de trabalho.

Os movimentos operários, a partir da criação do sindicalismo e das propostas políticas de Karl Marx, que originaram o comunismo e o socialismo, resultaram na criação de diversas

leis que protegiam os trabalhadores, dando origem, assim, aos direitos sociais e econômicos, que hoje se enquadram nos chamados direitos de segunda geração.²

Na linha da evolução histórica dos direitos humanos, destaca-se a criação, ao fim da Primeira Guerra Mundial, da primeira organização internacional com a finalidade de manutenção da paz, a Liga das Nações, e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, em momento oportuno, ver-se-á que a doutrina os considera, juntamente com Direito Humanitário, os antecedentes históricos do direito internacional dos direitos humanos. Ainda, destacam-se as Constituições Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919, consideradas pioneiras dos Direitos Sociais.

Quanto à Segunda Guerra Mundial, esta pode ser vista como o grande divisor de águas no que se refere à proteção dos direitos humanos, uma vez que nesse momento foi posta à prova a insuficiência da proteção de tais direitos apenas por meio de Declarações e documentos próprios de um Estado. A morte de milhões de judeus, deficientes mentais, homossexuais e ciganos desembocou na criação da Organização das Nações Unidas - ONU, demonstrando a preocupação de todo os povos em defender os direitos que outrora foram consagrados em diversos documentos e declarações de incontável valor histórico. Foi a partir da ONU que se iniciou o processo de internacionalização dos Direitos Humanos.

Partindo-se da premissa de que a atuação dos Estados, individualmente, seria insuficiente para garantir a proteção de direitos que, considerados historicamente, são vistos como direitos inerentes a qualquer pessoa, restou evidente que a proteção de tais direitos não

² A respeito do tema “gerações dos direitos humanos”, segundo Napoleão Casado Filho, narrando o que ensina Antônio Augusto Cançado Trindade, a expressão surgiu em uma palestra de um jurista tcheco, Karel Vasak, que fez uma relação entre os Direitos Humanos e a bandeira francesa, mais precisamente indicando que cada cor da bandeira representava um valor que marcou a Revolução Francesa. Desse modo, para a cor azul foi dado o valor da liberdade, para a branca, a igualdade e para o vermelho, o valor da fraternidade ou solidariedade. A partir desta relação, o jurista defendeu que os Direitos Humanos deveriam ser didaticamente classificados em gerações, e que a primeira geração compreenderia os direitos civis e políticos, frutos das revoluções burguesas; a segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no bojo da Revolução Industrial; e a terceira geração, o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sustentável e o direito à paz, com fundamento na ideia de solidariedade e fraternidade. Surgia, assim, a Teoria das Gerações dos Direitos Humanos, inicialmente bastante utilizada, mas que em momento posterior sofreu diversas críticas, como a de Bobbio, para quem o termo “geração” seria indevido para tratar de tais direitos. Para Bobbio, a ideia de dividir os Direitos Humanos em gerações poderia levar os estudiosos a visualizar a existência de uma hierarquia entre eles, de modo que a geração posterior seria vista como hierarquicamente superior àquela que lhe antecedeu, fato que não condiz com a realidade dos Direitos Humanos. Sendo diversas as críticas, os doutrinadores passaram a falar em uma classificação não mais em “gerações”, mas em “dimensões”, de modo que, segundo Casado Filho, um direito não poderia sobrepor-se ao outros, convivendo todos de forma harmônica, “formando um círculo uno e indivisível”. As tentativas de estabelecer uma classificação metodológica dos direitos humanos hoje se encontram superadas, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consolidou a ideia de que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, não justificando, assim, qualquer divisão entre direitos civis, políticos, econômicos e sociais. (FILHO, 2012. p. 38-41).

se esgota no plano interno dos Estados, exigindo uma preocupação e uma consideração maiores no âmbito internacional.

Inicialmente, era inviável se falar em proteção internacional dos direitos humanos, tendo em vista a soberania absoluta que predominava dentro dos Estados, colocando-os como entes de poderes ilimitados, tanto no âmbito interno como internacionalmente. Ainda com fundamento na soberania, o Estado apresentava-se como o único sujeito de Direito Internacional Público, de modo que ao indivíduo não era reconhecido qualquer direito protegido no âmbito internacional. Ressalta-se que, nessa época, o Direito Internacional reconhecia como única exceção a possibilidade de o Estado ser responsabilizado por danos causados a estrangeiros em seu território.³

A construção e a efetivação de uma proteção dos direitos humanos no plano internacional exigiam, antes de qualquer coisa, o rompimento da ideia de soberania absoluta e, principalmente, a elevação do indivíduo, da pessoa humana, à idêntica condição do Estado, qual seja, a de sujeito de Direito Internacional. Segundo Flávia Piovesan (2009, p. 113)

Para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.

Nesse sentido, ocorreram inúmeros acontecimentos históricos que a doutrina elenca como antecedentes históricos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Apesar da ideia de direitos inerentes à pessoa humana existir desde a Antiguidade, a difusão de tais valores, considerados valores jurídicos comuns, no plano do Direito Internacional Positivo só ocorreu a partir da segunda metade do século XIX, de modo que, em 1864, foi assinado um dos primeiros tratados voltados à proteção de tais direitos: a Convenção de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha. Para Mazzuoli (2007), o primeiro e mais remoto antecedente histórico do Direito Internacional dos Direitos Humanos são os tratados de paz de Westfália, de 1648, que resultaram no fim da Guerra dos Trinta Anos.

³ Segundo Mazzuoli, apenas uma exceção a esta concepção tradicional de soberania absoluta era conhecida no direito internacional, antes do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e dizia respeito à responsabilidade dos Estados por danos a estrangeiros em seu território, quando se reconhecia que o tratamento conferido a determinado estrangeiro em dado Estado era interesse legítimo do Governo da nacionalidade daquele estrangeiro. (MAZZUOLI, 2007. p. 679).

No entanto, para Cançado Trindade (1997) e Flávia Piovesan (2009) a proteção internacional dos direitos humanos tem como precedentes históricos mais concretos o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário trouxe a ideia de que, mesmo na existência de conflitos armados, o Estado deveria agir dentro dos limites impostos pela ordem jurídica, a fim de garantir a observância e o cumprimento dos direitos humanos. A Liga das Nações, por sua vez, relativizou a soberania absoluta dos Estados ao prever, em sua Convenção, sanções econômicas e militares para o caso de violação das suas disposições. Por fim, a Organização Internacional do Trabalho - OIT - que formou no plano internacional uma base normativa para proteção do trabalhador.

Percebe-se, pois, que estes três institutos trouxeram para a ordem internacional a proteção dos direitos humanos, rompendo com a existência de um Direito Internacional voltado tão somente para regular as relações de caráter meramente governamental entre Estados, estabelecendo obrigações internacionais a serem concretizadas por todos os entes estatais. E na relação Estado-indivíduo, deixa esta de ser um assunto exclusivamente interno para se tornar também do interesse da comunidade internacional.

A verdadeira construção e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreram no período pós-guerra. O holocausto, que levou a morte 11 milhões de pessoas, fez com que os Estados sentissem a necessidade de criar um conjunto de normas internacionais de proteção, de modo a evitar outras tragédias. A prática de Hitler, de reconhecer a titularidade de direitos tão somente aos cidadãos da raça pura ariana, confrontava com a concepção universal desses direitos, rompendo-se com todas as construções que se fizeram historicamente neste sentido.

Houve, no cenário da Alemanha nazista, uma ruptura do paradigma dos direitos humanos, uma vez que foi negado o próprio valor da pessoa humana. Era preciso então reconstruir os direitos humanos, e consequentemente, restaurar o paradigma ético que colocaria o direito em perfeita consonância com a moral. Segundo Flávia Piovesan (2009, p. 120)

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

Para a comunidade internacional, era visível a necessidade de se criar um sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A partir da definição de Hannah Arendt

(*apud* PIOVESAN, 2009), em que é dito que o direito fundamental da pessoa humana é o “direito a ter direitos”, e assim, de viver em comunidade e esta lhe oferecer a proteção, impulsionou-se fortemente o processo de internacionalização dos direitos humanos, marcado inicialmente pelo reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado quando da insuficiência dos órgãos internos em oferecer uma proteção efetiva de tais direitos.

Destacam-se, como importantes fatores para o desencadeamento do processo de internacionalização da proteção, o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, sendo esta o ponto de partida para a criação de inúmeros tratados de proteção internacional dos direitos humanos.

Foi nesse cenário de fatos históricos que se delinearam os contornos e posteriormente a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo autônomo do Direito Internacional Público, com princípios próprios, autonomia e especificidade. É constituído por um *corpus júris*.⁴ Os instrumentos normativos que o compõem operam-se tanto no plano substantivo, estabelecendo obrigações para os Estados que a elas se vinculam, como no plano operacional, elencando uma série de instrumentos que estão à disposição dos indivíduos e dos Estados, como petições, relatórios e investigações.

2.2 AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O grande ápice do processo de internacionalização dos direitos humanos se deu no período pós-guerra, mais precisamente, com a criação da Organização das Nações Unidas - ONU, e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Foi a partir destes dois grandes acontecimentos que se consolidou a visão universalista⁵ de tais direitos,

⁴Como explica Cançado Trindade, “o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um *direito de proteção*, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um *corpus júris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.” (TRINDADE, 1997, p. 20).

⁵À doutrina universalista dos direitos humanos opõe-se o movimento do relativismo cultural, que defende que os direitos devem ser compreendidos e protegidos levando-se em consideração os aspectos sociais, culturais, econômicos e políticos de uma sociedade, desconsiderando qualquer ideia de moral universal. A doutrina do relativismo cultural não aceita a visão universalista dos DH por acreditar que se trata de uma tentativa dos países do ocidente de impor seus valores sobre o resto do mundo, de modo que representaria, assim, a destruição da diversidade cultural. Por outro lado, os que defendem o universalismo cultural, já vêm na atuação dos relativistas uma preocupação em justificar graves violações aos DH, e a não sujeição ao controle pela

dando origem a uma nova ordem jurídica internacional, agora voltada para a proteção e a efetivação de interesses comuns, e não mais aos interesses próprios de cada Estado.

Nesse contexto, houve a criação de uma estrutura normativa internacional de proteção, formada por tratados⁶, que por excelência são as principais fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não excluindo, contudo, as resoluções, as recomendações e as jurisprudências dos órgãos internacionais.

A respeito dos tratados, a elaboração destes iniciou-se a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Carta inaugural da ONU - Carta das Nações Unidas, de 1945 - trouxe ao longo do seu texto a necessidade de se defender e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais. No entanto, o texto tornou-se vago ao não elencar tais direitos e liberdades, fato que resultou, três anos mais tarde, na elaboração da Resolução 217 A-III, pela Assembleia - Geral da ONU⁷, que viria a ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não obstante a doutrina, partindo de um enfoque legalista, reconhecer a força vinculante da Declaração, este documento não passa de uma simples declaração, sem qualquer força jurídica vinculante e obrigatória, motivo pelo qual a comunidade internacional sentiu a necessidade de implantar um processo de “juridicização”, a fim de trazer para o plano jurídico obrigatório as disposições ali previstas.

Deste processo resultaram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. A junção

comunidade internacional. É o que ocorre, por exemplo, nas violações ocorridas nos países que praticam a mutilação feminina alegando preceitos religiosos. A doutrina fala na existência de um relativismo cultural radical, que coloca a cultura como fonte única de validade das regras e normas morais; e o relativismo cultural fraco, onde a cultura pode ser fator importante para determinar a validade de determinada norma. No plano normativo, todos os instrumentos internacionais de proteção, sejam os do sistema global, sejam os dos sistemas regionais, são universais, e assim são em virtude da Declaração de Viena, de 1993, que pôs fim ao conflito entre as duas teorias, ao prever em seu § 5º que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. Com a Declaração de Viena, consagrou-se o universalismo cultural, superando o relativismo. Como explica Cançado Trindade: “Compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos.” (TRINDADE, 1994, *apud* PIOVESAN, 2009, p. 154).

⁶ A respeito dos tratados, afirma Piovesan (2013, p. 105) que são “acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes”, constituindo-se hoje na principal fonte de obrigação do Direito Internacional. São expressões sinônimas de tratado: Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, Acordo Internacional. Quanto ao processo de formação dos tratados internacionais, este vem disciplinado na Convenção de Viena, de 1969, também denominado de Lei dos Tratados. O Brasil assinou este documento internacional em 23 de maio de 1969, mas só o ratificou em 25 de setembro de 2009, momento em que gerou efeitos no plano nacional e internacional.

⁷ Quanto à estrutura da ONU, é formada pelos seguintes órgãos: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado. Ver mais em: PIOVESAN, 2013, p. 128-131.

destes pactos com a Declaração Universal de 1948 deu origem à Carta Internacional dos Direitos Humanos, considerada o ponto de partida da formação da estrutura normativa internacional relacionada aos direitos humanos.⁸

Com a internacionalização dos direitos humanos, a partir da criação da ONU e da Declaração Universal de 1948, houve a criação, no cenário internacional, de um Sistema Global e de um Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos.

Quanto ao Sistema Global de Proteção, também denominado por Paulo Henrique Gonçalves Portela (2011), de Sistema Internacional ou Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, ele é formado por uma base legal e uma base institucional.

A base legal compreende os diversos tratados internacionais de proteção, já elencados anteriormente, e que foram produzidos a partir da Declaração Universal de 1948. Estes tratados, multilaterais, foram elaborados pelas Nações Unidas, abrangendo, assim, todos os Estados que integram a comunidade internacional.

Com respeito à base institucional, esta engloba os órgãos internacionais que integram o sistema de proteção. São órgãos do Sistema Global: o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OHCHR), criado em 1993, e com sede em Genebra, com função de impulsionar a elaboração de novas normas de direitos humanos e monitorar sua aplicação pelos Estados; o Conselho de Direitos Humanos, criado em 2006, para substituir a antiga Comissão de Direitos Humanos, com função de acompanhar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados; o Comitê de Direitos Humanos, denominado “órgão de tratado”, atuando de forma a verificar a correta aplicação das normas de um tratado firmado perante as Nações Unidas, nesse caso, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos; e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com vistas a verificar a correta aplicação das normas do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ao lado do Sistema Global de Proteção, surgiram os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, resultantes da intenção de se conferirem maior celeridade e eficácia nas medidas destinadas à proteção destes direitos, restringindo-se à determinada região. Os

⁸ Hoje, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, dentro de uma perspectiva do sistema global de proteção, possui como referência, em sua estrutura normativa, os seguintes tratados: de enfoque geral - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Protocolo Facultativo contra a Pena de Morte; de enfoque especial - Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio; Convenção Internacional contra a Tortura; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Estados com características geográficas, culturais e valores históricos semelhantes se unem, mediante a assinatura de um acordo regional, decidindo, a partir de um consenso, a adotar medidas preventivas e repressivas para a proteção dos direitos e valores que são fundamentais dentro de suas perspectivas regiões. Como afirma Portela (2011, p. 783)

O objetivo dos sistemas regionais é reforçar a estrutura internacional para a proteção dos direitos humanos por meio da associação entre entes estatais que reúnem maiores afinidades entre si, o que facilitaria o consenso ao redor de interesses comuns e a aplicação das normas que esses mesmos Estados elaboram, bem como fortaleceria a tutela de valores importantes apenas em algumas regiões do mundo.

Nesta conjuntura, são instituídos os sistemas regionais conhecidos atualmente, quais sejam, o Interamericano, o Africano e o Europeu.

Não obstante a existência de dois sistemas de proteção, ambos convivem harmoniosamente e se direcionam no mesmo sentido, qual seja, o de garantir uma maior proteção dos direitos humanos. Dessa forma, não há o que se falar em dicotomia ou conflitos entre os sistemas. Ao indivíduo é dado o direito de escolher ao qual sistema pretende recorrer em caso de violação ao seu direito, de modo que, havendo mais de um instrumento que regule aquele direito, deve ser aplicado o que lhe for mais favorável.⁹

⁹ Trata-se da aplicação do critério da primazia da norma mais favorável à vítima, defendido por Antônio Augusto Cançado Trindade. Segundo o jurista, a aplicação deste critério reduz a possibilidade de um eventual conflito entre os instrumentos normativo dos sistemas, assim como permite que haja uma maior coordenação, tanto vertical, como horizontal, entre tais instrumentos. (TRINDADE, 1997, p. 434 a 436).

3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é formado a partir da Organização dos Estados Americanos - OEA, considerado o organismo regional mais antigo do mundo, visto que sua origem remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890, quando foi criada a União Internacional das Repúblicas Americanas, que mais tarde se tornaria a OEA.

A OEA foi fundada em 1948, a partir da elaboração da Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada em Bogotá, na Colômbia, que só entrou em vigor em 1951. A Carta da OEA trouxe como seus princípios basilares a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento. Hoje, a Organização é formada pelos 35 Estados independentes das Américas.

Concomitante à elaboração da Carta da OEA, em 1948 foi aprovada pela Resolução XXX, proferida na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, considerada o marco inicial do Sistema Interamericano.

A Carta da OEA e a Declaração Americana iniciam nas Américas a formação de uma estrutura jurídica voltada à proteção e à efetivação dos direitos humanos nesta região. Não obstante, é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos o principal tratado do Sistema Interamericano, e é ela que vem estruturar a base institucional deste sistema regional de proteção, mediante a criação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi elaborada em 1969, em San José, capital da Costa Rica, motivo pelo qual ficou conhecida também como Pacto de São José ou Pacto de São José da Costa Rica. Entrou em vigor em 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação. Atualmente, dos 35 Estados membros da OEA, 25 ratificaram a Convenção.

Já no seu preâmbulo, a Convenção afirma que os direitos fundamentais do homem devem ser protegidos não pelo fato deste pertencer a determinado Estado, mas sim em virtude de serem atributos da pessoa humana, e mais, que a efetivação de um regime de liberdades

individuais e de justiça social depende da adoção de medidas democráticas por parte do Estado.

Quanto aos direitos civis e políticos, o Pacto não se distanciou muito dos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Protege-se a vida desde o momento da concepção, a liberdade de ir e vir, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos, o direito à igualdade perante a lei, o direito ao duplo grau de jurisdição, o direito a um sistema prisional adequado, o direito de não ser submetido à tortura, a trabalhos forçados e à escravidão, o direito de participar do governo e o direito à proteção judicial.¹⁰

Quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, a Convenção não elencou especificamente qualquer um deles, determinando apenas, em seu art. 26¹¹, que os Estados devem tomar as providências para alcançar, progressivamente, a efetividade destes direitos. Contudo, em 1988, a Assembleia Geral da OEA¹² adotou um Protocolo Adicional à Convenção com dispositivos referentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, o chamado Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em 1999.

O Pacto de São José, assim como todos os protocolos adicionais, impõem obrigações aos Estados partes e não aos indivíduos, apesar de repetir a previsão da Declaração Americana de 1948, de que estes possuem deveres para com a família e a humanidade. As obrigações impostas aos Estados partes são positivas e negativas, de modo que devem, por um lado, respeitar os direitos e as liberdades assegurados na Convenção, e por outro, adotar todas as medidas, legislativas ou de qualquer natureza, necessárias para efetivá-los.

Importante ressaltar que quando determinado Estado torna-se parte da Convenção, e conseqüentemente, assume todas as obrigações nela previstas, o dever de cumpri-las não recai somente sobre o governo central, mas sobre todas as unidades federativas. Trata-se da aplicação da “cláusula federal”, prevista no art. 28.2 do Pacto.¹³

¹⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 31 out. 2014.

¹¹ Artigo 26. Desenvolvimento progressivo: Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

¹² A Organização dos Estados Americanos - OEA é formada pelos seguintes órgãos: Assembleia Geral; Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; Conselhos (Conselho Permanente e Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral); Comissão Jurídica Interamericana; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Secretaria Geral; Conferências Especializadas; Organismos Especializados e outras entidades estabelecidas pela Assembleia Geral.

¹³ Segundo Portela (2011, p. 712), na maioria dos tratados há a previsão da cláusula federal, pois se sabe que nas relações internacionais o Estado é tido como um todo, de modo que se torna necessário assegurar que os encargos assumidos recaem também sobre as entidades da federação, e não apenas sobre o governo central.

A Convenção Americana, ao mesmo tempo em que listou os direitos civis, políticos e tratou dos direitos sociais, econômicos e culturais, cuidou de criar mecanismos para monitorar e executar o que estava sendo assegurado em seu texto. Para tanto, criou dois órgãos aos quais seria dada a competência para solucionar todo e qualquer conflito envolvendo os Estados partes quando no cumprimento das obrigações convencionais. Surgem, assim, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH foi criada pela OEA, em 1959, por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em Santiago, no Chile. Apesar da criação em 1959, sua instalação formal só se deu em 1960, com a aprovação do seu Estatuto. Na Carta da OEA, no art. 106¹⁴, já estava prevista a criação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos com a função de promover a proteção e defesa dos direitos humanos, e servir como órgão consultivo da Organização.

Com sede em Washington, D.C., a Comissão tem sua estrutura e seus procedimentos disciplinados pelo Estatuto e seus Regulamentos. Sua composição é formada por sete membros que “devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da OEA a partir de uma lista de candidatos proposta pelos governos dos Estados membros.”¹⁵ O mandato é de quatro anos, admitindo-se uma reeleição por igual período.

Hoje, a CIDH tem como membros: Tracy Robinson, Rose-Marie Belle Antonie, Paulo Vannuchi, Rosa María Ortiz, James L. Cavallaro, Felipe Gonzáles e José de Jesús Orozco Henríquez.

Art. 28. 1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

¹⁴ Carta da OEA: Artigo 106. “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria”.

¹⁵ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Art. 34: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

A competência da Comissão alcança não apenas os Estados partes da Convenção Americana, mas todos os Estados membros da OEA, exigindo destes o respeito dos direitos garantidos na Declaração Americana de 1948. Com relação a suas atribuições, elencadas no art. 18 do Estatuto¹⁶, destaca-se a análise das petições apresentadas pelos indivíduos, grupo de indivíduos ou organização não governamental com denúncia de violação por parte dos Estados aos direitos humanos. Trata-se do Sistema de Petição Individual que “compreende os procedimentos criados por meio dos instrumentos interamericanos que facultam à CIDH conhecer de denúncias de violações de direitos humanos” (CIDH. Módulo de Consulta I, 2012).

Além do Sistema de Petição Individual, a Comissão pode examinar também a comunicação que um Estado-parte pode fazer alegando que um outro Estado-parte violou direito disposto na Convenção. São as comunicações interestatais, reguladas pelo art. 45, do Pacto. Para que a Comissão possa analisar estas comunicações, é necessário que ambos os Estados - o que comunica e sobre quem se comunica - tenham reconhecido a competência do órgão da OEA para assim agir.

A análise das petições e das comunicações por parte da Comissão está condicionada ao preenchimento dos requisitos elencados no art. 46 do Pacto, quais sejam: esgotamento dos recursos na jurisdição interna; apresentação no prazo de seis meses, contados da data em que foi proferida a decisão definitiva; e a matéria objeto da petição não estar sendo discutida em outro tribunal internacional.

Quanto ao requisito do esgotamento dos recursos internos, justifica-se, segundo Cançado Trindade (1993, *apud* PIOVESAN, 2009, p. 254), em virtude de que ao Estado deve ser dada a oportunidade de corrigir a violação ocorrida internamente antes de se buscar sua responsabilização no âmbito internacional. Ensina o autor:

¹⁶ Artigo 18: A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados membros da Organização:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito de sua legislação, de seus preceitos constitucionais e de seus compromissos internacionais, bem como disposições apropriadas para promover o respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos Governos dos Estados que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização no qual se levará na devida conta o regime jurídico aplicável aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos Estados que não o são;
- g. fazer observações *in loco* em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo; e
- h. apresentar ao Secretário-Geral o orçamento-programa da Comissão, para que o submeta à Assembleia Geral.

O dever de provimento pelos Estados partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no Direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais.

No entanto, o próprio Pacto, visando a conferir maior proteção ao indivíduo, prevê que este requisito deve ser dispensando nos casos em que o Estado não oferecer recursos eficazes e céleres, e quando o indivíduo for prejudicado em virtude da inexistência de um devido processo legal. Portanto, é um requisito relativizado, com base no art. 46.2, do Pacto.¹⁷

Apresentada a petição e sendo ela admitida, inicia-se a fase do contraditório, quando a Comissão solicita ao Estado denunciado informações a respeito da denúncia. Prestadas as informações pelo Estado ou transcorrido o prazo sem que tenham sido oferecidas, a Comissão verificará se existem ou se subsistem os motivos da petição ou comunicação. Verificando que não existem ou não subsistem os motivos, determinará o seu arquivamento. Por outro lado, verificando que há os motivos, não arquivará, passando ao exame do caso.

Após análise do caso, a Comissão tentará solucionar o conflito de forma amistosa. Alcançada uma solução amistosa, a Comissão elaborará um informe, contendo a exposição dos fatos e da solução, apresentando-o ao denunciante e aos Estados partes da Convenção. O informe será posteriormente publicado pela Secretaria da Organização dos Estados Americanos.

Não havendo uma solução amistosa, a Comissão elaborará um relatório, onde apresentará os fatos e sua conclusão a respeito do caso, opinando quanto à existência ou não de violação pelo Estado do disposto na Convenção Americana. Eventualmente, a Comissão poderá, neste relatório, fazer recomendações ao Estado, que lhe serão apresentadas para serem cumpridas no prazo de três meses.

Durante este prazo, o Estado pode decidir por adotar as recomendações ou submeter o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CorteIDH. Contudo, não se posicionando por qualquer uma destas alternativas, a Comissão, por maioria absoluta dos votos, poderá emitir sua própria opinião e conclusão. Poderá, novamente, fazer

¹⁷ Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Artigo 46

[...]

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

recomendações e determinar um prazo para que o Estado adote as medidas necessárias para resolver o caso apresentado.

Transcorrido o prazo, a Comissão decidirá, também por maioria absoluta de voto dos seus membros, se o Estado adotou ou não as medidas adequadas e se publica ou não o informe que elaborou. Caso o Estado não tenha adotado as medidas recomendadas, a Comissão submeterá o caso à apreciação da CorteIDH, salvo por decisão fundada da maioria absoluta dos seus membros.

Levado o caso à Corte, a sua atuação está condicionada ao reconhecimento pelos Estados envolvidos de sua competência obrigatória para interpretar e aplicar a Convenção Americana. Atenta-se para o fato de que se a denúncia envolver Estado que não reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte, a Comissão torna-se o único órgão competente para solucionar o conflito, devendo investigar os fatos, apreciar os argumentos de fato e de direito e impor sanções.

Ainda dentro do procedimento perante a Comissão, é possível que esta, de ofício ou a pedido da parte, solicite ao Estado parte no caso a adoção de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis. O art. 25 do novo Regulamento da Comissão¹⁸ prevê que as medidas cautelares poderão ser diferidas em casos de gravidade e urgência.

Além das medidas cautelares, é possível que seja pleiteada perante a Corte a adoção de medidas provisórias, quando em situações de extrema gravidade e urgência, em matérias que ainda não foram apreciadas por este órgão jurisdicional. Assim dispõe o art. 76, do novo Regulamento.¹⁹

¹⁸ Artigo 25. Medidas cautelares

1. Com fundamento nos artigos 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 18.b do Estatuto da Comissão e XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano.

[...]

¹⁹ Artigo 76. Medidas provisórias

1. A Comissão poderá solicitar medidas provisórias à Corte em situações de extrema gravidade e urgência, quando isso for necessário para evitar dano pessoal irreparável. Ao tomar essa decisão, a Comissão considerará a posição dos beneficiários ou de seus representantes.

2. A Comissão considerará os seguintes critérios para apresentar a solicitação de medidas provisórias: a. quando o Estado envolvido não tiver implementado as medidas cautelares outorgadas pela Comissão; b. quando as medidas cautelares não tiverem sido eficazes; c. quando existir uma medida cautelar associada a um caso submetido à jurisdição da Corte; d. quando a Comissão julgar pertinente ao melhor efeito das medidas solicitadas, para o que fundamentará seus motivos.

3.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos - CorteIDH é um órgão jurisdicional, autônomo e independente. Foi criada com a proposta apresentada pela delegação brasileira à IX Conferência Interamericana realizada em Bogotá, em 1948, mas só foi implantada em 1979. Sua base legal está prevista nos artigos 52 a 73 do Pacto de São José.

A Corte, como órgão jurisdicional, é composta por sete juízes nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal, entre pessoas de alta autoridade moral e elevado conhecimento em matéria de direitos humanos. São eleitos por voto da maioria absoluta dos Estados partes na Convenção, em votação secreta, para um mandato de seis anos, admitindo-se uma reeleição por igual prazo.

Além dos juízes nacionais, é possível que sejam eleitos *juízes ad hoc*. Quando submetido um caso à Corte, os juízes podem conhecer de casos relacionados a seus Estados de origem. Nesse caso, o outro Estado parte no processo poderá designar um juiz ad hoc para integrar a Corte e participar do exame daquele caso específico. Se nenhum dos juízes chamados a conhecer o caso for nacional dos Estados envolvidos, cada um destes poderá também escolher um juiz ad hoc.

Quanto a suas funções, segundo Portela (2011), são as seguintes: processar e julgar qualquer caso relativo à interpretação e aplicação da Convenção Americana; apreciar consultas dos Estados; e emitir pareceres a respeito da compatibilidade entre leis internas e tratados do Sistema Interamericano. Logo, pode-se dizer que a Corte possui competência contenciosa e consultiva.

No exercício da competência contenciosa, a Corte examinará se houve ou não violação de direito ou liberdade garantida no Pacto de São José, e em caso afirmativo, verificará a responsabilidade internacional do Estado, determinando a reparação ao indivíduo prejudicado.

Segundo Sidney Guerra (2012, p. 344), a competência contenciosa será *ratione personae*, *ratione materiae* e a *ratione temporis*.

A competência contenciosa *ratione personae* diz respeito à legitimidade para apresentar um caso perante a Corte. Conforme dispõe o art. 61 da Convenção Americana²⁰, somente a Comissão e os Estados partes na Convenção podem postular àquele tribunal. O

²⁰ Artigo 61

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

indivíduo não pode postular diretamente ao tribunal internacional, devendo, antes, submeter qualquer controvérsia à Comissão Interamericana aonde tramitará todo procedimento.

Diferente do que ocorre no Sistema Europeu, aonde há o reconhecimento do direito postulatório da pessoa humana, que pode ingressar diretamente junto à Corte Europeia, pleiteando a análise de determinado caso. Nesse contexto, posiciona-se Cançado Trindade (2002, *apud* GUERRA, 2012) pela necessidade do reconhecimento do direito de petição individual para que se almeje uma ampla proteção dos direitos humanos, uma vez que “o direito de petição individual às Cortes Internacionais de Direitos Humanos representa um resgate histórico do indivíduo como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ainda sobre a competência contenciosa em razão da pessoa - *ratione personae*, esta é facultativa (*cláusula facultativa*), uma vez que a Corte só poderá exercê-la quando os Estados envolvidos tiverem reconhecido sua competência para interpretar e aplicar a Convenção Americana, seja mediante convenção especial, válida apenas para apreciação de um caso específico, ou mediante declaração de submissão à competência da Corte, reconhecendo esta como obrigatória e de pleno direito.

Atualmente, dos vinte e cinco Estados partes na Convenção somente vinte e um declararam reconhecer a competência contenciosa da Corte.

Com relação ao Brasil, este aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou o referido tratado. O depósito da carta de adesão ocorreu em 25 de setembro de 1992. Quanto ao reconhecimento da competência da Corte, o Estado brasileiro a reconheceu como obrigatória e de pleno direito pelo Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, ocorrendo o depósito da Declaração de aceitação junto à Secretaria-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998, e pelo Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana.

A competência *ratione material* diz respeito à matéria que poderá ser submetida à apreciação da Corte. Toda e qualquer controvérsia relacionada à interpretação e aplicação da Convenção Americana poderá passar pela análise do tribunal interamericano, conforme dispõe o art. 62.3 da Convenção.²¹

²¹ Artigo 62

[...]

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Por fim, o art. 62.2 do Pacto²² determina que em *ratione temporis*, a competência contenciosa encontra-se limitada por haver a possibilidade de ser reconhecida tão somente para determinado caso, por um prazo determinado.

O exercício da competência contenciosa está condicionado ao esgotamento de todo o procedimento perante a Comissão. Para que um caso seja processado e julgado pela Corte é necessário que se tenha encerrado o procedimento previsto nos artigos 48 a 50 da Convenção.

No processamento e julgamento da controvérsia, as deliberações da Corte serão tomadas com o quórum de pelo menos cinco juízes, devendo a Comissão acompanhar o andamento do caso.

Verificando a Corte a procedência da alegação de violação a direito garantido convencionalmente, determinará que o Estado adote as providências para garantir ao indivíduo prejudicado o gozo de seu direito, assim como retificar as consequências do dano para recuperar o *status a quo ante*. Sendo necessário, determinará o pagamento de uma indenização para reparação dos danos, que terá eficácia de título executivo judicial, a ser executado conforme processo previsto na legislação interna do Estado condenado.

Conforme determina o art. 67 da Convenção²³, a sentença proferida pela Corte é definitiva e inapelável, devendo ser devidamente fundamentada. A irrecorribilidade da sentença, contudo, não impede que a Corte, a pedido de qualquer das partes, interprete a decisão, determinando o seu âmbito de incidência. Não se trata de um reexame da matéria, mas tão somente de uma interpretação desta, e está condicionada ao pedido das partes dentro do prazo de 90 dias a partir da notificação da decisão.

As decisões da Corte proferidas no exercício da função contenciosa gozam dos atributos da imperatividade e exigibilidade, gerando para o Estado envolvido a obrigatoriedade do seu cumprimento.

Até o presente momento, a Corte já proferiu 283 decisões no exercício de sua jurisdição contenciosa. Dentre todos estes casos, alguns merecem destaque justamente por enfatizar a imperatividade da decisão do tribunal e sua força vinculante sobre o Estado condenado.

²² Artigo 62

[...]

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

²³ Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

O caso *Velásquez Rodríguez x Honduras* destaca-se por ter aberto precedentes quanto à responsabilidade internacional do Estado em matéria de direitos humanos. Em sentença proferida em 21 de julho de 1989, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional do estado de Honduras pelo desaparecimento forçado de Manfredo Velasquez, condenando o Estado a pagamento de indenização compensatória aos familiares do desaparecido.

Outro caso emblemático foi o caso *Barrios Altos*, envolvendo o estado do Peru. Na sentença proferida no dia 14 de março de 2001, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional do estado peruano por violação a dispositivos da Convenção, assim como a incompatibilidade entre as leis de anistia e a Convenção Americana. Este caso repercutiu positivamente na jurisprudência da Corte por consolidar o entendimento desta pela incompatibilidade entre leis de anistia com a Convenção, demonstrando que as decisões da Corte podem determinar reformas no ordenamento jurídico interno do Estado condenado.

O mesmo pode ser vislumbrado no caso *Guerrilha do Araguaia*, analisado mais detalhadamente em momento posterior, em que o estado brasileiro foi condenado a reformar sua legislação interna para tipificar o crime de desaparecimento forçado nos termos das regras interamericanas.

Ainda, com relação ao Brasil, pode-se destacar o caso do *Presídio Urso Branco*, em que a Corte, a pedido da Comissão, ordenou a adoção de medidas provisórias para a proteção da vida e da integridade dos detentos, e o caso *Ximenes Lopes*, primeiro caso envolvendo a responsabilidade internacional de um Estado em matéria de saúde mental.

Exposta a função contenciosa, passamos a análise da competência consultiva deste tribunal, que consiste na atribuição da Corte em elaborar pareceres interpretando determinado dispositivo da Convenção a pedido do Estado ou manifestando-se sobre a compatibilidade entre a lei interna deste e as normas convencionais. Está prevista no art. 64, do Pacto de São José.²⁴

Não se trata de uma competência facultativa, pois qualquer Estado membro da OEA, seja signatário ou não da Convenção, pode requerer à Corte que emita parecer interpretando uma determinada norma ou opinando sobre a compatibilidade entre lei interna e normas da

²⁴ Artigo 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Convenção ou de qualquer outro instrumento internacional de proteção dos direitos humanos que se aplique ao continente americano.

Outrossim, a função consultiva permite a uniformização da interpretação dos dispositivos dos instrumentos de proteção dos direitos humanos.²⁵

Em pesquisa no site da CorteIDH, até o presente ano foram emitidas 21 opiniões consultivas (OC). A mais recente foi emitida em agosto de 2014, e foi solicitada pelos Estados da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (OC - 21/14, de 19 de agosto de 2014). A matéria discutida foi os direitos das crianças no contexto da migração, com necessidade de proteção internacional. A Corte opinou no sentido de que o Estado é responsável por garantir às crianças imigrantes tudo o que for necessário para o seu desenvolvimento, respeitando os direitos básicos que lhe são reconhecidos, independentemente de questões de nacionalidade ou *status* migratório. Ao Estado fica a obrigação de conferir à criança uma proteção integral durante todo o processo migratório.

Tanto no exercício da função contenciosa como da função consultiva, a Corte é incisiva em defender os direitos humanos de todo e qualquer ato abusivo por parte dos Estados. É nesse caminhar que a Corte hoje, juntamente com a Comissão Interamericana, destaca-se dentro do aparato institucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos como órgão eficaz para proteção dos direitos humanos diante das falhas e insuficiência das instituições da jurisdição interna.

²⁵ Segundo Jo M. Pasqualucci (2003, *apud* PIOVESAN, 2009, p. 260), as opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitadas a fatos específicos lançados a evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.

4 O DIREITO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No contexto da formação de uma estrutura internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado brasileiro, assim como outros entes estatais, passou a compor essa esfera de proteção assumindo a obrigação perante a comunidade internacional de promover e proteger os direitos humanos dentro do seu território, combatendo e eliminando qualquer forma de violação e desrespeito àqueles direitos.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro, após um longo processo de luta pela redemocratização, trouxe em seus instrumentos normativos, em especial na Constituição Federal de 1988, a previsão da prevalência dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

É nessa conjuntura que se passa a analisar como os instrumentos internacionais de proteção, tanto no âmbito legal, no que diz respeito aos tratados, como no âmbito institucional, sobre a atuação da CorteIDH, repercutem no Direito Interno Brasileiro.

4.1 A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Dos anos de 1964 a 1985, o Brasil viveu o período da ditadura militar, que só se encerrou com o retorno do Governo Civil, em 1985, e se concretizou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 - CF/88, o maior símbolo do processo de redemocratização do Estado brasileiro. Como explica Piovesan (2009), a promulgação da Constituição de 1988 foi a resposta à necessidade da sociedade civil de um novo código que pudesse embasar a reforma jurídica-política que se instaurava com a derrubada do poder dos militares.

Quanto ao seu conteúdo, a Carta Maior traz em seu art. 1º, III²⁶, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de modo que, a partir desta previsão, a dignidade da pessoa humana é considerada um valor supremo, a nortear todo e qualquer exercício do poder. É nesse contexto que o legislador constituinte elencou, de

²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

forma exemplificativa, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, assim como elaborou instrumentos jurídicos para proteção destes, consolidando, no ordenamento jurídico brasileiro, o processo de constitucionalização dos direitos humanos.

Percebe-se, pois, que pela primeira vez os direitos humanos passaram a fazer parte da estrutura política e jurídica do país, e passou a ser visto como um valor a ser observado pelo Estado no exercício do poder. Logo, alcançando a dignidade da pessoa humana o status de valor supremo e fundamento do Estado brasileiro, a proteção dos direitos humanos passou também a regular as relações do Brasil no âmbito internacional.

Sendo assim, a Carta Maior, em seu art. 4º, II²⁷, tratou de colocar, entre os princípios que regulam as relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos, que impõe ao Estado brasileiro o dever de participar efetivamente do plano internacional de proteção, contribuindo na construção de tratados de direitos humanos e de órgãos destinados à aplicação e interpretação destes. No entendimento de Flávia Piovesan (2013), o art. 4º da CF/88 simboliza a reinserção do Brasil na Arena internacional.

A fim de cumprir com os deveres que insurgiram com a adoção da prevalência dos direitos humanos na nova ordem jurídica formada com a CF/88, o Brasil ratificou diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Não obstante, no que diz respeito aos tratados, questão relevante é saber como estes são incorporados no Direito brasileiro, seja em relação ao procedimento de incorporação, seja quanto ao nível hierárquico que ocupam no ordenamento jurídico interno. Para tanto, faz-se de extrema importância a análise dos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88.

O legislador constituinte elencou no Título II da Carta Maior os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, assim como os instrumentos jurídicos destinados à proteção destes, os denominados pela doutrina e pela jurisprudência de Remédios Constitucionais.²⁸ Apesar de terem sido elencados expressamente no texto constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro não excluiu outras garantias que venham a estar previstas em instrumentos

²⁷ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

²⁸ Segundo José Afonso da Silva (2012, p.442), por remédios constitucionais entendem-se “os meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando a sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. A Constituição inclui entre as garantias individuais o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, além das ações constitucionais.”

internacionais dos quais o Brasil seja parte, regra que se extrai do §2º do art. 5º, CF/88, que assim dispõe:

Art. 5. [...]

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Segundo Mazzuolli (2007, pág. 684), a existência deste dispositivo na Lei Maior do nosso ordenamento representa "um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos." Esta abertura à normação internacional é um dos elementos que caracterizam o que a doutrina chama de ordem constitucional contemporânea, e para Canotilho (1993, *apud* PIOVESAN, 2009, p. 117) reflete o fortalecimento das imbricações entre o direito internacional e o direito constitucional.

Partindo-se de uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo, permite-se concluir que a Constituição Federal reconhece outros direitos além dos que estão elencados expressamente em seu texto, ampliando, assim, o rol dos direitos constitucionalmente consagrados. No momento em que o Estado brasileiro ratifica um tratado de direitos humanos, as suas normas passam a incorporar o bloco de constitucionalidade, justificando-se, assim, o porquê de ser o §2º do art. 5º considerado uma cláusula constitucional aberta.

Quanto à hierarquia dessas normas ao serem incorporadas ao Direito Brasileiro, a maioria da doutrina, representada por Mazzuolli, Piovesan, Celso Lafer e Cançado Trindade, partindo de uma interpretação teleológica do texto constitucional, afirmam que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais.

E assim é em virtude da própria estrutura sistemática da Constituição ao dispor que a dignidade da pessoa humana é valor supremo da ordem federativa e que, nas relações internacionais, deve ser dada prevalência aos direitos humanos. Em respeito ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve ser dada uma interpretação mais ampla e benéfica aos dispositivos constitucionais. Nesse caso, interpretando amplamente e sistematicamente o §2º do art. 5º, há de se reconhecer a natureza constitucional das normas internacionais previstas nos tratados de direitos humanos.

Segundo Canotilho (1993, *apud* PIOVESAN, 2009, p. 122), o reconhecimento do caráter constitucional destas normas fundamenta-se, ainda, no fato de que os tratados de direitos humanos versam sobre um conteúdo materialmente constitucional. Entende o autor que apesar de as Constituições terem como uma de suas características a historicidade, o que

implica na elaboração de um texto de acordo com as ideologias políticas e sociais de determinada época, existem as “matérias constitucionais por excelência”, como são o catálogo dos direitos, liberdades e garantias; e a organização do poder político.

É partindo dessa premissa que Piovesan (2013, p. 144) afirma que os tratados de direitos humanos são recepcionados no nosso ordenamento com status de normas materialmente constitucionais. E quanto aos demais tratados internacionais, que não dispõem sobre direitos humanos, estes gozam do *status* de lei ordinária federal. Aplica-se neste último caso a paridade entre tratados e legislação infraconstitucional, embasada no art. 102, III, b, da CF/88²⁹.

Conforme a redação deste dispositivo, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tanto os de direitos humanos como os demais, estariam na mesma posição hierárquica das leis ordinárias federais brasileiras. Este dispositivo foi o fundamento legal encontrado pelo Supremo Tribunal Federal para embasar seu entendimento, a partir de 1977, quando do julgamento do RE 80.004³⁰, no sentido de que aos tratados internacionais deveria ser reconhecida a hierarquia infraconstitucional. No julgamento deste recurso, o STF consolidou o posicionamento no sentido da paridade entre tratado internacional e lei federal, ao prever a possibilidade de revogação de um tratado por uma lei posterior.

Ademais, esse emblemático julgamento significou o rompimento com a doutrina do monismo jurídico, preconizada por Hans Kelsen, e que, até 1977, era adotada pela maioria dos internacionalistas brasileiros e pelo próprio STF. Falava-se na primazia do Direito Internacional frente ao Direito Interno, posto que a ordem jurídica interna apresentava-se como um produto da ordem jurídica internacional.

Em momento posterior, outra decisão da Suprema Corte, agora em julgamento do Habeas Corpus 72.131 – RJ³¹, de 1995, reiterou o entendimento deste órgão pela paridade

²⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

³⁰ EMENTA. Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Cambio e Notas Promissórias – Aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto - lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de cambio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec. – lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809).

³¹ EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição

entre tratado e lei federal. Em decisão proferida a respeito da aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a previsão convencional da prisão civil por dívida apenas no caso de alimentos, o STF afirmou que não existia, na ordem constitucional brasileira vigente à época, qualquer precedente que indicasse uma superioridade dos tratados internacionais frente às leis internas. Ao contrário, a própria Constituição Federal previa, em interpretação conferida ao art. 102, III, b, a supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais.

A tese da paridade, defendida pelo STF, foi amplamente criticada pelos internacionalistas que se posicionavam pela constitucionalização dos direitos humanos, e o consequente reconhecimento da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Celso de Albuquerque Mello (1979, *apud* PIOVESAN, 2013, p. 124), por exemplo, entende que a mudança de posicionamento do STF, a partir de 1977, representou um verdadeiro retrocesso, e mais ainda, uma violação à Convenção de Viena, que não permite a revogação de um tratado por direito superveniente.

Na mesma linha, Piovesan (2013, p. 127) afirma que a tese da paridade não pode ser aplicada aos tratados de direitos humanos, mas tão somente aos demais acordos comerciais, uma vez que o §2º do art. 5º conferiu posição privilegiada às normas previstas naqueles instrumentos.

Insta ressaltar que em sede doutrinária não há um consenso quanto à hierarquia constitucional das convenções de direitos humanos. Há quem defenda ainda que estes tratados podem estar em outras posições hierárquicas, numa posição supralegal ou supraconstitucional. Surgem, assim, as correntes doutrinárias da supralegalidade e da supraconstitucionalidade³².

Ante a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o Poder Reformador introduziu no texto constitucional, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de

legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

(HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650).

³² Quanto à supralegalidade, destaca-se o ensinamento do ministro do STF Sepúlveda Pertence que, em julgamento do RHC 79.785, em 2000, defendeu que os tratados de direitos humanos possuem força supralegal, consoante dispõe o §2º do art. 5º, visto que a paridade destes atos internacionais com as leis ordinárias desvirtuaria toda a finalidade deste dispositivo, qual seja, a de viabilizar a abertura do sistema jurídico brasileiro à ordem internacional de proteção dos direitos humanos. Já no que diz respeito à supraconstitucionalidade, os doutrinadores que a defendem partem do princípio de que o Direito Internacional é superior à ordem jurídica interna de um Estado, de modo que os tratados de direitos humanos, assim como todos os demais incorporados ao direito interno, formam uma legislação especial, de natureza supraconstitucional e, consequentemente, insuscetível de revogação por qualquer norma nacional. Defendem a supraconstitucionalidade André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros.

dezembro de 2004, o art. 5º, §3º³³, que introduziu no sistema constitucional brasileiro o caminho para se conferir aos tratados de direitos humanos o caráter formalmente constitucional. Segundo Piovesan (2013), propiciou a constitucionalização formal destes tratados, mediante a possibilidade destes serem aprovados pelas mesmas regras procedimentais previstas para as Emendas Constitucionais.

Logo, os tratados de direitos humanos, que já possuíam natureza materialmente constitucional em virtude do disposto no art. 5º, §2º, poderiam agora ter seu conteúdo expresso também formalmente no texto constitucional, bastando para tanto sua aprovação pelo quórum qualificado.

O novo dispositivo repercutiu positivamente no âmbito da jurisprudência do STF, levando a Suprema Corte, no julgamento do RE n. 466.343, de 2008³⁴, a abandonar a tese da paridade e adotar a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, posicionamento este que vigora até hoje. (O STF sempre rejeitou de plano a tese da supraconstitucionalidade).

No que diz respeito ao procedimento para incorporação dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro, antes do art. 5º, §3º, os tratados eram aprovados por decreto legislativo, por maioria simples do Congresso Nacional, e depois ratificados pelo Presidente da República, obedecendo-se às regras dos artigos 49, I e 84, VIII, CF/88³⁵, aplicáveis a todos os acordos internacionais.

Com o advento do novo parágrafo, o Congresso Nacional pode, após a ratificação pelo Presidente da República, aprovar o acordo de direitos humanos pelo quórum qualificado das Emendas, conferindo a este o *status* de emenda constitucional. Hoje, somente dois tratados internacionais de direitos humanos foram recepcionados no Brasil como emenda constitucional: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto

³³ Art. 5º, §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

³⁴ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HC's nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(RE 466343, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

³⁵ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Legislativo 186/2008 (DOU de 10.07.2008) e promulgada pelo Decreto 6.949/2009 (DOU de 26.08.2009); e seu Protocolo Facultativo.

Isto posto, permite-se concluir que enquanto os demais tratados internacionais têm força infraconstitucional, os tratados que versam sobre a proteção dos direitos humanos gozam de força material ou formalmente constitucional, a partir do que dispõe o art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88.

4.2 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO: DECRETO Nº 678, DE 06.11.1992

O Brasil, caminhando para consolidar sua postura estatal dentro do sistema internacional de proteção, em especial o Sistema Interamericano, subscreveu diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, entre eles, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), o instrumento normativo mais significativo deste sistema regional.

O Estado brasileiro assinou o referido Pacto em 09 de julho de 1992, com o depósito da carta de adesão em 25 de setembro do mesmo ano. A promulgação se deu pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Uma vez se tornado parte do Tratado, o Brasil comprometeu-se a promover e a proteger os direitos elencados em seu texto, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento de disposições convencionais.

A Convenção Americana, assim como todos os demais tratados de direitos humanos já inseridos no Direito brasileiro, repercutiu jurídica e politicamente no domínio interno do Brasil. Quanto aos efeitos jurídicos, destaca-se a lição de Piovesan (2013, pág. 163), quando leciona que, quanto ao impacto jurídico destes tratados, três são as hipóteses: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição; b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito de Direito interno.

Na primeira hipótese, o fato de a Convenção elencar direitos, como o direito à vida, à liberdade de expressão, por exemplo, que já foram consagrados na CF/88, reforça o valor jurídico destes, além de evidenciar o intuito do legislador em buscar a unidade e a coerência entre a Constituição Federal e o instrumento internacional de proteção.

No que diz respeito à função integrativa da Convenção, há direitos que estão previstos somente neste documento, mas não têm previsão na CF/88, como é a proibição do

restabelecimento da pena de morte nos países que a tenham abolido (art. 4º (3), Pacto de São José). Neste caso, revela-se claramente o fenômeno da ampliação do bloco de constitucionalidade (*bloc de constitutionnalité*)³⁶, uma vez que o Pacto acrescenta direitos à ordem constitucional brasileira, e estes são recepcionados com status de normas constitucionais.

Por fim, em caso de conflito entre dispositivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito interno, adota-se o princípio da norma mais favorável à vítima, a ser aplicada pelos juízes nacionais e tribunais quando na resolução dos casos concretos. Desse modo, o Poder Judiciário tem a incumbência de analisar e confrontar a norma de Direito interno com a da Convenção, a fim de verificar se há ou não compatibilidade entre ambas, e em caso negativo, aplicar a que seja mais benéfica *pro persona*. Nessa circunstância, desaponta a doutrina dos que defendem a existência de um duplo controle vertical das normas infraconstitucionais brasileiras: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

A lógica para tanto parte do preceito de que a Convenção Americana, em seus artigos 1º e 2º, impõe deveres aos Estados-partes, e entre eles está o de o Poder Judiciário adotar medidas para promover o respeito e a efetividade dos direitos previstos convencionalmente, em especial quando houver falha ou omissão do Poder Legislativo. Ademais, é dos juízes e tribunais domésticos a função primária de proporcionar a interação entre o direito interno e o direito internacional, interação esta que só será possível quando houver coerência entre as normas que compõem o *ordenamento jurídico de proteção* (TRINDADE, 1997, p. 401 - 403).

Entre as medidas a serem implantadas pelos juízes nacionais, está a de verificar a compatibilidade entre a norma aplicável ao caso concreto e as disposições da Convenção Americana, efetuando o que a CorteIDH denomina de controle de convencionalidade. Esse fenômeno teve origem no Direito Francês, e foi introduzido no sistema jurídico desde 1975. No continente americano foi introduzido pela jurisprudência da Corte Interamericana.

No campo do Tribunal interamericano de proteção, julgamentos emblemáticos consolidaram a lição de que os juízes domésticos têm o dever de proceder com a confrontação

³⁶ A expressão “bloco de constitucionalidade” surgiu no Direito francês, nos anos setenta, e foi difundida pelo jurista francês Louis Favoreu. Inicialmente, havia na França apenas um controle de constitucionalidade preventivo. Somente com a reforma constitucional de 2008 foi introduzido um controle repressivo. Segundo Favoreu, por bloco de constitucionalidade deve-se entender “o conjunto de princípios e regras de valor constitucional que serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade.” Ver mais em: CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, jun/dez 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1717/1331>>. Acesso em: 23 out. 2014.

normativa perante um caso concreto, de modo a adequar o direito interno ao direito internacional.

No julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, em 2006, manifestou-se a Corte neste sentido

A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas, que aplicam aos casos concretos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa o Poder Judicial deve ter em conta não somente o Tratado senão também a interpretação que do mesmo há dado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção. (CorteIDH, 2006, par. 124).

Vê-se, pois, que o controle de convencionalidade é um instrumento importante para conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais, assim como para consolidar a interação que deve existir entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. Não seria viável que o Estado, ratificando a Convenção e assumindo as obrigações dela decorrentes, admitisse em seu ordenamento jurídico uma norma contrária a ela, impedindo o alcance do seu efeito útil (*effet utile*), e destruindo a ideia de um sistema construído sob a força principiológica da prevalência dos direitos humanos.

Ademais, é ao Estado que se impõe o dever de realizar primariamente o controle judicial de convencionalidade. Não obstante a Corte também exercer esta atividade, a sua atuação rege-se pelo princípio da subsidiariedade ou da complementaridade da jurisdição internacional, de modo que o controle de convencionalidade só poderá ser implantado no plano externo quando esgotados os recursos estatais para proteger os direitos humanos.

Dito isto, visualiza-se a responsabilidade dos juízes brasileiros em realizar sobre a legislação ordinária não apenas o controle de constitucionalidade, cujo parâmetro é a CF/88 (bloco de constitucionalidade), mas também o de convencionalidade, cujo parâmetro não inclui somente o texto expresso do Pacto de São José, mas também a interpretação dada pela CorteIDH.

Dizer que o Estado brasileiro está vinculado à interpretação feita por aquele Tribunal, assim como às decisões por ele proferidas, é afirmar, por vias lógicas, que o Brasil reconhece a competência daquele órgão internacional para interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É reconhecendo a competência da Corte que o Brasil

abre sua estrutura jurídica para legitimar a força vinculante das sentenças prolatadas por ela e a possibilidade de ser responsabilizado por descumprimento de normas convencionais.

4.3 A JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTEIDH: DECRETO LEGISLATIVO Nº 89, DE 03.12.1998

Inúmeras são as obrigações cominadas ao Estado brasileiro em virtude da adesão aos tratados internacionais de direitos humanos. No que diz respeito ao Pacto de São José da Costa Rica, tais obrigações vêm elencadas nos artigos 1º e 2º, e compreendem, genericamente, a adoção de todas as medidas necessárias para garantir o respeito e o livre exercício dos direitos nele contemplados.

Em razão dos compromissos assumidos perante a comunidade internacional, depreende-se a questão de o Estado se submeter ao monitoramento internacional, sendo este o meio pelo qual os órgãos internacionais examinam os atos internos e sua compatibilidade com as disposições convencionais.

No campo do Sistema Interamericano, a Comissão e a Corte Interamericanas detêm a competência para examinar os atos normativos, administrativos e judiciais dos Estados-partes do Pacto de São José, com o propósito de controlar a compatibilidade daqueles atos com as normas daqueles órgãos de proteção.

O Estado brasileiro, como signatário da Convenção, submete-se a esses órgãos de supervisão, posto que reconhece a competência jurisdicional da CorteIDH, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998. Vale mencionar que o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte é uma cláusula facultativa prevista na Convenção (art. 45, 1), assim como é o reconhecimento da competência da Comissão para receber comunicações em que um Estado parte alegue que outro violou dispositivo convencional (art. 62, 1). O atributo da facultatividade justifica a demora do Estado brasileiro em legitimar a atuação contenciosa da Corte, o que poderia ter sido feito em 1992, quando no momento da ratificação da Convenção.

Dessa forma, reconhece o Estado brasileiro que a Corte é competente para interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como, caso ocorra violação a direitos protegidos na Convenção no seu plano doméstico, reconhecer a sua responsabilidade internacional, determinando a reparação dos danos causados à(s) vítima(s). Reconhecida a responsabilidade internacional de um Estado, a decisão proferida pela Corte goza dos

atributos da imperatividade e exigibilidade. No território brasileiro, a aplicação dessas decisões acontece nos termos que serão analisados a seguir.

4.4 A APLICAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE IDH NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, antes de debruçar-se sobre a sentença proferida pela Corte propriamente dita e seus efeitos no Direito brasileiro, é necessário ter-se a visão clara de que este órgão jurisdicional - aqui se entendam todos os tribunais internacionais de direitos humanos -, não substitui os tribunais nacionais, e muito menos, tem competência recursal sobre as decisões proferidas em âmbito interno.

Da mesma forma que no Direito brasileiro os juízes e tribunais só atuam mediante iniciativa do peticionário, embasados no princípio da inércia, o mesmo ocorre no âmbito da Corte, que só opera a partir das denúncias que lhe são apresentadas pela Comissão ou pelos Estado-partes, relembrando-se de que não se reconhece o direito de petição ao indivíduo. Ainda, não compete à Corte deliberar a respeito da compatibilidade ou não de uma norma nacional com o ordenamento jurídico do qual faça parte. A sua atuação consiste em averiguar se aquela norma é compatível ou não com a Convenção Americana.

A sentença proferida pela Corte IDH é uma sentença internacional³⁷, dotada de imperatividade e exigibilidade. Como ensina Sidney Guerra (2012, p. 350), “a grande importância conferida à Corte Interamericana é a de que suas decisões são imperativas e exigíveis dentro do território dos países que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.”

³⁷ A sentença internacional não se confunde com a sentença nacional e a sentença estrangeira. A primeira é proferida por um tribunal internacional, como é a Corte IDH, que não está vinculado à soberania de um Estado, dispensando, portanto, a homologação da decisão que prolata por órgão competente. Difere da sentença estrangeira, fruto de um tribunal estrangeiro, que está vinculado à soberania de um Estado e por isso, a aplicação de suas sentenças em outro fica condicionada ao consentimento deste. No Direito brasileiro, a sentença estrangeira está disciplinada no arts. 483 e 484, do Código de Processo Civil, e sua homologação, no art. 105, I, i da CF/88.

Como leciona Portela (2011, p. 846 - 847), os tribunais internacionais não estão afetos à soberania de um determinado Estado, posto que sua criação decorre da união voluntária de entes estatais quando para alcançar um propósito comum, de modo que estes abrem mão de sua soberania para admitir que as causas que lhe dizem respeito se submetam à jurisdição interna e à jurisdição internacional. Logo, as sentenças geradas são aplicadas no território dos Estados independente de homologação, pois já é legítima a função jurisdicional destes órgãos. É o caso das sentenças proferidas pela Corte, que por ser um tribunal internacional, dispensa qualquer homologação pelo STF para que gere efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao conceito de sentença nacional, pode ser retirado do art. 162, §1º, do Código de Processo Civil, que determina que sentença é o ato do juiz que reconhece uma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do referido diploma legal. Apesar de não trazer o termo “nacional” expressamente, extrai-se do preceito de que esta lei integra o ordenamento jurídico brasileiro originariamente e que, portanto, faz referência ao ato do juiz nacional.

Por gozarem de força jurídica vinculante, o art. 68, § 1º, da Convenção³⁸ determina que os Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte assumem o compromisso de cumprir as sentenças em todos os casos em que forem partes. Tais decisões possuem, portanto, um caráter obrigatório.

A decisão internacional pronunciada pela Corte constitui, segundo André de Carvalho Ramos (2002), uma obrigação internacional de resultado, uma vez que reconhece a responsabilidade internacional do Estado e determina que seja feita a reparação às vítimas. Surge mais uma obrigação para este, a obrigação internacional secundária de cumprimento (RAMOS, 2002). Na hipótese de o Estado violador não cumprir o conteúdo da deliberação, significa que houve a transgressão daquela nova obrigação internacional, apontando-se, assim, uma nova responsabilidade internacional do Estado.

A possibilidade de haver o inadimplemento estatal decorre da falta de executoriedade como atributo da decisão interamericana. Apesar de ser exigível, não há nos termos da sentença qualquer dispositivo que elenque os meios que devam ser utilizados pelo Estado para adequar o seu sistema doméstico à ordem imposta pela Corte, muito menos elementos coercitivos que imponham o seu cumprimento.

Explica-se. No teor da sentença, não há qualquer regra de como o Estado infrator deverá proceder para cumpri-la, ficando este livre para escolher os mecanismos internos adequados para a efetivação do conteúdo da decisão internacional. O ônus para a completa e correta execução do teor da decisão é tão somente do ente estatal condenado. Infere-se, pois, que a Corte quis respeitar a soberania dos Estados no que diz respeito à livre execução em seu território das deliberações internacionais.

Contudo, a liberdade concedida aos Estados, em respeito à soberania, acaba dando margem para o inadimplemento por motivos políticos, técnicos, e que impedem a concretização do fim principal do Sistema Interamericano, qual seja, a proteção dos direitos humanos, uma vez que a vítima não terá restabelecido o seu *status quo ante*. Quanto ao Estado, o inadimplemento repercute também na esfera política deste, posto que há a previsão de aplicação de sanções coletivas através de deliberação da Assembleia Geral da OEA.

Tratando-se do Estado brasileiro, a vinculação deste à jurisdição da Corte Interamericana consubstancia-se com o reconhecimento expresso da jurisdição obrigatória daquele órgão, impondo ao Brasil a obrigação de cumprir as decisões proferidas no âmbito daquele órgão interamericano nos casos em que for parte.

³⁸ Artigo 68 (1): Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

Prolatada uma sentença da Corte contra o Estado brasileiro, o processo de execução será realizado nos moldes escolhidos pelo Brasil, a partir dos instrumentos legislativos, judiciários e administrativos disponíveis em seu âmbito interno. A sentença nestes casos é meramente declaratória. A liberdade que tem o Estado condenado para escolher a forma como executar a decisão tem como base legal, repita-se, o art. 68, §1º, da Convenção. Destaca-se que este mesmo preceito traz em seu §2º³⁹ a previsão de uma execução específica para o caso de sentença que condene a pagamento de indenização compensatória.

Nestes casos, a decisão terá força de título executivo judicial quando transitada em julgada, e o Estado brasileiro poderá executá-la observando as regras previstas na legislação nacional para a execução de sentença contra o Estado. Desse modo, será aplicado o procedimento previsto nos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil⁴⁰, e no art. 100, da CF/88⁴¹. Tais sentenças condenatórias não substituem as ações penais que tramitam na jurisdição interna.

Nas decisões que impõem uma obrigação de fazer ou não fazer, não há no Direito brasileiro qualquer lei que oriente o Estado brasileiro para o seu cumprimento, diferente do que ocorre na Colômbia, onde “a Lei 288/96 estabeleceu os instrumentos para a indenização de prejuízos às vítimas de violações de direitos humanos após a constatação das violações por instâncias internacionais” (RAMOS, 2002, p. 338).

Seguindo o entendimento doutrinário, a decisão extrapatrimonial poderá ser exigida pela vítima ou pelo Ministério Público, recorrendo-se ao Poder Judiciário, considerando-a também como título executivo judicial, consubstanciada numa obrigação de resultado.

Diante da falta de meios coercitivos próprios para impor ao Estado o cumprimento de suas decisões, a Corte decidiu por criar mais uma função para si, a função supervisora, inerente à função contenciosa, e pela qual decidiu zelar pelo implemento de suas sentenças

³⁹ Art. 68, §2º: A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

⁴⁰ Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 8.213, de 1991); (Vide Lei nº 9.494, de 1997).

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

⁴¹ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

por meio de atos de supervisão. O Regulamento da Corte elencou, em seu art. 69⁴², os mecanismos de supervisão, e entre eles está o de requerer e receber dos Estados relatórios descrevendo as medidas adotadas, a fim de elaborar observações.

Em suma, as decisões proferidas pela CorteIDH gozam de força jurídica vinculante, impondo ao Estado brasileiro a obrigação de cumprir efetivamente as decisões proferidas nos casos em que for parte. A omissão gera uma nova responsabilidade internacional. No caso do Brasil, a ausência de uma legislação específica que exponha o procedimento a ser aplicado para execução destas sentenças representa um obstáculo à efetiva concretização da proteção dos direitos humanos. De fato, a sentença, por si só, não é capaz de reparar os danos sofridos pela vítima. Para alcançar tal fim, é necessário o seu devido cumprimento.

4.5 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO PELA VIOLAÇÃO DOS PRECEITOS DA CONVENÇÃO

Como já exposto, a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos repercutiu na sua esfera obrigacional, ao impor que este, no âmbito doméstico e no internacional, devesse promover e proteger todos os direitos ali elencados, sob pena de responder internacionalmente pela violação. Da mesma forma, ao reconhecer a jurisdição contenciosa da Corte, obrigou-se o Estado a cumprir as decisões proferidas por aquele órgão nos casos em que ele venha a ser parte, sob pena de incorrer em uma dupla responsabilidade internacional.

A responsabilidade internacional do Estado é vista como uma reação jurídica da própria ordem internacional à violação das normas internacionais, buscando reafirmar a juridicidade e a força vinculante destas. Mais ainda, entende a CorteIDH que a responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos seus agentes, amparados por sua

⁴² Artigo 69. Supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal.

1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes. 2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos. 3. Quando considerar pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão. 4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes. 5. Essas disposições também se aplicam para casos não submetidos pela Comissão.

função oficial, ou mesmo atuando fora dos limites de sua competência, é um princípio do Direito Internacional.⁴³

O estudo da responsabilidade internacional do Estado implica antes em saber que sua apuração ocorre a partir da prática de um ato comissivo ou omissivo de quaisquer dos poderes, órgãos ou autoridades do Estado. A própria sentença da Corte, uma vez proferida, não destaca qual o órgão ou a autoridade responsável pela violação, impondo a responsabilidade ao Estado, como ente unitário, independentemente da natureza ou origem do ato.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Cançado Trindade ao afirmar, no julgamento do caso “La Última Tentacion de Cristo” que

“la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.” (CorteIDH, 2001, par. 72)

A lógica para tanto decorre do fato de que as obrigações convencionais para proteção dos direitos humanos repercutem sobre todas as esferas estatais, de modo que o cumprimento destas requer o concurso de esforços da totalidade dos órgãos internos dos Estados. Portanto, é possível que quaisquer dos poderes, órgãos e agentes estatais possam praticar ato que viole direito assegurado na Convenção, e assim gere a responsabilidade internacional para o Estado.

Até mesmo quanto aos atos dos particulares, o Estado poderá responder perante a comunidade internacional. Mesmo não sendo possível imputar a conduta do particular diretamente ao Estado, este responde por violação a dois deveres: o dever de prevenção e o dever de punição.

Tinha os órgãos estatais o dever de adotar medidas de caráter jurídico, político ou administrativo para prevenção da ocorrência dos danos, da mesma forma que, concretizando-se a violação, tinha o dever de punir os responsáveis e reparar os danos. Deixando de cumprir tais ônus, o Estado incorre em responsabilidade internacional.

Outrossim, destaca-se que não é necessário, para o reconhecimento da responsabilidade, que se caracterize a demonstração de culpa ou motivação do ato, o que demonstra a preocupação da jurisprudência internacional em não dificultar a comprovação da

⁴³ Assim se pronunciou a Corte no caso “Velasquez Rodriguez vs Honduras (Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n.4, par.170): “Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.”

responsabilidade e a consequente reparação dos danos. Adota-se, portanto, a teoria da responsabilidade internacional objetiva, pela qual se impõe que três são os requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade: a existência de um fato ilícito internacional; o resultado lesivo; e o nexo de causalidade entre o fato e o resultado (RAMOS, 2002).

Em matéria de direitos humanos, o fato ilícito é gerado por uma ação ou omissão que desrespeita os direitos fundamentais protegidos nos diversos instrumentos de proteção. O resultado lesivo compreende o conjunto dos danos materiais e morais sofridos pela vítima; e o nexo de causalidade é o vínculo que deve existir entre a conduta praticada e o dano causado.

No âmbito do Sistema Interamericano, a Convenção Americana regula a responsabilidade internacional do Estado e o consequente dever de reparação no art. 63.⁴⁴

Com relação ao Brasil, o primeiro caso levado a julgamento perante a Corte, desde o reconhecimento de sua jurisdição obrigatória, foi o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, em que foi reconhecida a responsabilidade parcial do Estado brasileiro por violação aos artigos 4º e 5º da Convenção Americana.

No âmbito da jurisprudência da Corte, este foi o primeiro caso relacionado à violação de direitos da pessoa humana com transtornos mentais. Quanto à responsabilidade do Brasil, destacou-se por ter sido reconhecido que, na prestação de serviços de saúde, tinha o Estado o dever de regular e fiscalizar as atividades, prestadas pelo Poder Público ou por particulares, o que não o fez, violando, além da Convenção Americana, a CF/88, que dispõe que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

O caso *Ximenes Lopes* abriu precedentes para o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação a dispositivos da Convenção Americana. Até o ano passado (2014), onze casos foram submetidos à apreciação da Corte IDH, sendo cinco deles contenciosos e seis envolvendo medidas provisórias. Segundo Flávia Piovesan (2013, p. 435), perante a Comissão Interamericana, no período de 1970 a 2008, foram admitidos 98 casos contra o Brasil, com alguns já apreciados por aquele órgão e outros ainda pendentes.

Quanto aos casos contenciosos – caso *Nogueira de Carvalho*; caso *Damião Ximenes Lopes*; caso *Escher e outros*; caso *Garibaldi*; e caso *Gomes Lund* - o presente trabalho fará

⁴⁴ Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

uma análise mais minuciosa do caso *Gomes Lund*, conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, buscando entender os aspectos gerais da decisão, a sua repercussão no Brasil, em todos os âmbitos estatais, e principalmente, demonstrando que o Estado brasileiro está vinculado à jurisdição da CorteIDH, e, por isso, deve cumprir efetivamente as decisões proferidas por este órgão jurisdicional.

5 ESTUDO DE CASO: GUERRILHA DO ARAGUAIA

5.1 ASPECTOS GERAIS DA DECISÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, proferiu a sentença de mérito condenando o Estado brasileiro por violação aos direitos previstos nos artigos 3, 4, 5, 7, 8.1 e 25.1, em combinação com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção Americana, em virtude do desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia, no período do regime militar.

O caso, que foi apresentado à Corte em 26 de março de 2009, teve seu início a partir de uma petição apresentada à Comissão Interamericana pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Americas, em 7 de agosto de 1995. Admitida a petição (Relatório de Admissibilidade n. 33/01), a Comissão decidiu submeter o caso ao Tribunal em virtude da omissão do Estado brasileiro em informar, dentro do prazo concedido no Relatório de Mérito n. 91/08, a respeito das medidas que estavam sendo adotadas para o cumprimento das recomendações elaboradas por aquele órgão.

Diante deste fato, a Comissão, juntamente com os representantes (Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional) submeteu a controvérsia ao Tribunal interamericano, requerendo que fosse declarada a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado dos guerrilheiros do Araguaia e pela inércia na efetivação da punição dos responsáveis.

Iniciava-se, assim, o julgamento de um dos casos mais emblemáticos já submetidos à jurisdição da Corte IDH. Seja porque viria a consolidar o entendimento pela incompatibilidade entre as leis de anistia e a Convenção Americana, seja pelo fato de que dela emergiria a discussão sobre fatos históricos, mas esquecidos e que marcaram o regime militar brasileiro.

A respeito da Guerrilha do Araguaia, este foi um movimento de oposição ao regime militar, formado por integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e que objetivava por um fim ao governo militar através da criação de um exército popular de libertação.

Diante das ameaças aos militares e da proliferação das ideias socialistas, optou o governo brasileiro pela eliminação de seus opositores políticos. Contudo, as desculpas de atropelamentos, suicídios e tentativas de fugas não eram mais vistas como a melhor forma de explicar a morte de centenas de pessoas. Recorreu-se então ao desaparecimento forçado dos

presos políticos, que compreendia a detenção arbitrária, seguido da tortura, da execução e do desaparecimento dos corpos.

Nesse contexto, os guerrilheiros do Araguaia sofreram diversas investidas durante o período de abril de 1972 a janeiro de 1975, em que cerca de 3.010 integrantes das Forças Armadas executaram diversas campanhas a fim de abolir o movimento de oposição que, na visão dos militares, colocava em risco a doutrina da segurança nacional.

Até então o *modus operandi* dos militares era o de identificar os presos e depois sepultá-los. No entanto, no governo Médici, mais precisamente em julho de 1970, o ministro Geisel comunicou que, por ordem do Presidente, o Exército passaria a ter o controle sobre as operações repressivas, determinando que os capturados fossem eliminados. Seguindo este novo modelo de repressão, os militares, até o final de 1974, fizeram desaparecer os 62 guerrilheiros do Araguaia⁴⁵, não deixando qualquer indício de onde estariam enterrados os corpos e de qual seria a verdade real dos fatos.

A dominação da imprensa através da censura impossibilitou aos familiares saber com precisão o que havia ocorrido com os seus parentes desaparecidos, violando claramente o direito à verdade. Vigorava naquele momento um regime de censura absoluta, e os militares obstavam a divulgação de qualquer material ou vestígio acerca da existência da Guerrilha do Araguaia. A seguir trecho de um diálogo entre a guerrilheira Regilena da Silva Carvalho (Lena) e o general Antônio Bandeira, evidenciando claramente a intenção das forças militares em ocultar da sociedade a existência deste movimento.

Ô, general, eu estou presa aqui, mas eu tenho uma família e preciso de um advogado não é justo o preso ter um advogado?

Ele respondia:

- Mas nós não vamos processar ninguém. Esse movimento não existe. Isso é um limbo na sua vida. Se a gente processar, ele passa a existir e confirma a existência da guerrilha.

Registre-se que Lena era casada com Jaime Lúcio Petit, irmão de Maria Lúcia Petit da Silva, uma das vítimas que teve seus restos mortais encontrados em 1991 e identificados em 1996, durante a realização de uma das 13 expedições empreendidas na região, entre 1980 e

⁴⁵ Destaca-se que há uma divergência quanto ao número exato de vítimas neste caso. Conforme relatado na sentença, a Comissão reconheceu 70 supostas vítimas, enquanto que os representantes reconheceram 69. O Brasil, por sua vez, com a Lei 9.140/1995, que reconhece sua responsabilidade interna pelo desaparecimento forçado de opositores políticos, elenca somente 60 supostas vítimas, divergindo do livro *Direito à Memória e à Verdade*, que elenca 62 vítimas. A Corte, diante do que foi relatado pelo Estado brasileiro, entende como correta a afirmação de que 62 pessoas foram vítimas de desaparecimento forçado pelos agentes estatais. A Corte, para fins de reparação, estabeleceu um prazo de 24 meses, a partir da notificação da sentença, para que sejam identificadas outras supostas vítimas e estas tenham direito à reparação. Cf. Caso Gomes Lund e Outros VS Brasil. *Guerrilha do Araguaia*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, pars. 118 e 121.

2006, pelos familiares, pelo Ministério Público, pela Comissão Especial e pela Comissão Interministerial.

O Estado brasileiro, através da Lei n. 9.140/1995, reconheceu oficialmente sua responsabilidade interna pelo assassinato de opositores políticos no regime militar, elencando, em anexo à lei, o nome de 136 pessoas que foram detidas por agentes públicos. A lei, ainda, determinou a reparação pecuniária aos familiares e criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, com o objetivo de identificar as pessoas desaparecidas.

Não obstante o Brasil ter reconhecido sua responsabilidade e ter adotado medidas para reparar as violações ocorridas na época da ditadura militar, a Comissão Interamericana requereu à Corte que fosse declarada a responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional por violação das obrigações convencionais assumidas quando da ratificação da Convenção Americana.

Mesmo diante das reiteradas afirmações do Brasil de que as providências que estavam sendo adotadas eram suficientes para corrigir as atrocidades cometidas pelos agentes públicos, era visível ao entendimento da Comissão que o caso precisava ser analisado pela Corte, uma vez que algumas questões, como a do reconhecimento da ineficácia da Lei de Anistia brasileira, dependiam do posicionamento deste órgão jurisdicional, e mais, de um olhar mais amplo sobre a atuação e o entendimento de todos os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos em se tratando desta matéria.

Com relação à anistia, a decisão da Corte inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a discussão acerca da eficácia da Lei de Anistia brasileira – Lei 6.683/79 e a sua (in) compatibilidade com a Convenção Americana. Registre-se que a Corte entendeu que a interpretação dada à referida lei, em especial quanto à definição dos chamados crimes conexos, viola os direitos à verdade e à justiça, por impedir que o Estado proceda com a devida investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelos crimes praticados no regime militar.

Ademais, destacou-se a decisão por ter consolidado opinião diversa da manifestada pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, demonstrando que, diante do reconhecimento internacional pela incompatibilidade das anistias com o Pacto de São José, a Suprema Corte ausentou-se de realizar o controle de convencionalidade, violando a obrigação de adequar os dispositivos da ordem interna aos preceitos internacionais.

Além do debate acerca da Lei de Anistia brasileira, a Corte discorreu a respeito do caráter ilícito do desaparecimento forçado de pessoas, classificando este como crime de lesa

humanidade, e, além disto, ressaltando o seu caráter de ato contínuo e permanente, fato que a Corte reputou como suficiente para embasar a afirmação de que era competente *ratione temporis* para analisar as violações alegadas pela Comissão.

A Lei de Anistia e o caráter lesivo do desaparecimento forçado de pessoas foram alguns dos fundamentos elucidados pelo Tribunal quando no julgamento do caso. Tais discussões trouxeram uma ampla carga valorativa para a decisão em questão, colocando-a como a mais importante dentro de todas envolvendo o Brasil, uma vez que suscitou dentro do sistema político-jurídico brasileiro, e mais, da própria sociedade, a necessidade de transparecer a verdade real sobre os fatos ocorridos durante a ditadura militar e, principalmente, a de punir os agentes estatais pelos crimes perpetrados num dos episódios mais sangrentos da história da política brasileira.

5.2 FUNDAMENTOS

Destacar-se-ão neste ponto do trabalho algumas questões suscitadas pelas partes no teor da sentença, em especial, pelo Estado brasileiro, e as respectivas considerações da Comissão e Corte Interamericana, embasando a sua decisão no sentido de reconhecer a responsabilidade internacional do Estado por violação a dispositivos da Convenção Americana e a imposição de adoção de medidas de reparação.

5.2.1 Exceções Preliminares: incompetência *ratione temporis* da Corte, falta de esgotamento dos recursos internos e vedação à quarta instância

Em 31 de outubro de 2009, o Estado brasileiro apresentou sua contestação à demanda onde alegou três exceções preliminares⁴⁶: 1) incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; 2) falta de esgotamento dos recursos internos; 3) falta de interesse processual dos

⁴⁶ Atenta-se para o fato de que o conceito de “exceção preliminar” é jurisprudencial, uma vez que nem a Convenção Americana nem o Regulamento apresentam qualquer definição. No âmbito da jurisprudência da Corte, decidiu este que a exceção preliminar é um questionamento à admissibilidade de uma demanda ou à competência do Tribunal para conhecer determinado caso ou de algum de seus aspectos, em razão da pessoa, da matéria, do tempo ou do lugar. Logo, seria uma forma de impedir ou prevenir a análise do mérito do aspecto questionado ou do caso apresentado. Cf. Caso Gomes Lund e Outros VS Brasil. Guerrilha do Araguaia. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219.

representantes e da Comissão; e 4) vedação à quarta instância e a falta de esgotamento da ADPF n. 153.

O questionamento acerca da competência da Corte para processar e julgar os fatos apresentados pela Comissão decorreu da alegação do Estado brasileiro de que o referido Tribunal não teria competência para analisar fatos que ocorreram antes do reconhecimento da sua competência contenciosa. Ou seja, entendeu o Brasil que os desaparecimentos forçados e as execuções arbitrárias e extrajudiciais não poderiam ser submetidos à apreciação da Corte por terem ocorrido antes de dezembro de 1998, data em que reconheceu a jurisdição obrigatória daquele Tribunal.

De fato, nos termos exatos em que houve o reconhecimento da competência, a aceitação da jurisdição se deu “sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.” Uma interpretação literal permitiria afirmar que a alegação do Brasil estaria fundamentada e que a Corte indiscutivelmente seria incompetente em razão do tempo para apreciar os fatos ocorridos na época da ditadura militar (1964 a 1985).

No entanto, a exceção foi refutada de imediato pelo Tribunal, uma vez que a Guerrilha do Araguaia retrata um caso de violações continuadas ou permanentes, circunstância em que a Corte já reconheceu a legitimidade de sua competência para estas espécies de violações, pois, mesmo se iniciando antes do reconhecimento de sua competência, tem sua execução prolongada no tempo.

Sabe-se que dentre os fatos narrados pela Comissão e sobre os quais se buscam a responsabilidade do Estado está o de desaparecimento forçado de pessoas, ato que a Corte Interamericana, assim como todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, considerou como de caráter permanente e continuado. Dessa forma, mesmo que as detenções arbitrárias, as torturas e as execuções tenham ocorrido antes de dezembro de 1998, a Corte tem competência para processar estes fatos, uma vez que ainda não se sabe o paradeiro das vítimas e, portanto, o fato continua a se consumir.

Registre-se que nesse contexto, em 1996, foram identificados os restos mortais da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, representando a ruptura da permanência do desaparecimento, motivo pelo qual a Corte declarou sua incompetência para julgar a execução extrajudicial que vitimou esta guerrilheira. Veja-se que o desaparecimento forçado cessou dois anos antes do reconhecimento da jurisdição pelo Brasil. Logo, a Corte acolheu parcialmente a referida exceção.

Sublinham-se os seguintes termos da sentença

Além disso, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, *inter alia*, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares. (CorteIDH, 2010, par. 18)

Com relação à exceção da falta de esgotamento dos recursos internos, o Estado brasileiro alegou que as vítimas e os familiares não esgotaram todos os recursos previstos na jurisdição interna para reparação das violações ocorridas. Sabe-se que a atuação dos órgãos interamericanos é regida pelo princípio da subsidiariedade, de modo que a admissibilidade da petição fica condicionada ao prévio esgotamento dos recursos internos do Estado.

Conforme aduziu o Estado brasileiro, a petição não poderia ter sido sequer admitida pela Comissão, uma vez que os representantes não finalizaram algumas medidas que já estavam sendo executadas no território nacional, como a ADP n. 153, a Ação Ordinária n. 82.00.024682-5; e a Ação Civil Pública n. 2001.39.01.000810-5.

A Corte, em suas considerações, negou acolhimento à exceção por dois motivos: a apresentação extemporânea da alegação; e a demora injustificada da Ação Ordinária.

Inicialmente, a Corte, muito sabiamente, reafirmou as regras procedimentais previstas na Convenção ao afirmar que essa alegação de falta de esgotamento dos recursos internos deveria ter sido apresentada pelo Estado brasileiro no momento em que a Comissão estava decidindo pela admissibilidade da controvérsia, e não em momento posterior. Desse modo, reconheceu que a alegação era extemporânea e, portanto, passível de não acolhimento.

Quanto à demora injustificada da Ação Ordinária n. 82.00.024682-5, verificou a Corte que, passados mais de 19 anos do início da ação, a justiça brasileira não havia proferido uma decisão definitiva, de modo que, vislumbrando-se garantir eficácia aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, a Corte entendeu cabível não exigir o esgotamento dos recursos internos neste caso, aplicando-se, para tanto, a exceção prevista no artigo 46.2.c, da Convenção.

Explicou o Tribunal que, da data do ajuizamento da ação (1982) à data em que foi proferida a sentença de primeiro grau (2003), passaram-se 21 anos, da mesma forma que houve uma demora de seis anos para o início da execução da mesma, que ocorreu em 2009. Vale ressaltar que, mesmo só sendo legítimo o reconhecimento pela Corte dos fatos posteriores a dezembro de 1998, ainda assim, vislumbrou-se uma demora excessiva na prestação da atividade jurisdicional.

Violou, portanto, o Estado brasileiro os direitos às garantias judiciais previstos no artigo 8.1 da Convenção, em relação aos artigos 13 e 1.1 do mesmo tratado.

A respeito das medidas judiciais acima elencadas, em momento oportuno elas serão tratadas mais detalhadamente.

Por fim, o Estado brasileiro também alegou, a fim de que a demanda não fosse conhecida pela Corte, que este Tribunal estaria exercendo o papel de uma quarta instância, o que seria totalmente vedado diante do caráter subsidiário dos órgãos internacionais de proteção. Entendeu o Estado Federal que a Corte, ao se pronunciar sobre a ineficácia da lei de anistia, estava exercendo o papel de um órgão de supervisão ou revisão de decisões internas, mais precisamente, da decisão proferida em 2010 pelo STF na ADPF n. 153, que validou a referida lei e reconheceu sua constitucionalidade.

Diante desta alegação, a Corte considerou que restaria ela infundada, uma vez que o objeto da presente demanda não era a revisão da decisão proferida pela Suprema Corte, até mesmo pelo fato de que esta só foi enunciada posteriormente ao ajuizamento da ação, mas sim o reconhecimento de que o Estado brasileiro violou dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Igualmente, refutou a exceção com base no dever que tem de exercer o controle de convencionalidade entre as leis e atos internos de um Estado parte da Convenção e este documento internacional. Na controvérsia em questão, o que estava fazendo a Corte era verificar a compatibilidade ou não da Lei de Anistia brasileira com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana, não pretendendo, em qualquer momento, analisar esse dispositivo de direito interno frente à Constituição Federal de 1988.

5.2.2 O direito à personalidade jurídica, à vida, à integridade e às liberdades pessoais e o desaparecimento forçado de pessoas

O reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade e às liberdades pessoais, previstos respectivamente nos artigos 3, 4.1, 5.1, 7.1, em relação ao artigo 1.1, todos da Convenção Americana, resultou das considerações feitas pela Comissão e pela Corte a respeito das práticas de desaparecimentos forçados contra os guerrilheiros do Araguaia.

A violação dos referidos direitos resultou dos abusos cometidos pelos agentes estatais na época do regime militar que, amparados pelo sistema normativo vigente à época, sob a

égide da doutrina da segurança nacional, perpetrou uma série de detenções arbitrárias, torturas e execuções, finalizando com o desaparecimento dos corpos, e, além de tudo, da proibição de divulgação de qualquer informação a respeito dos fatos ocorridos. Todos os guerrilheiros do Araguaia, que foram executados nas investidas militares, tiveram seus corpos desaparecidos. A ordem, portanto, era a de deter e fazer desaparecer, não deixando indícios sobre a verdade dos fatos e, muito menos, quanto ao paradeiro das pessoas.

A privação da liberdade, a tortura e o desaparecimento sem deixar vestígios fazem parte do *modus operandi* do desaparecimento forçado, permitindo-se concluir que se trata de um ato que importa numa violação múltipla de diversos direitos, possuindo, portanto, uma característica pluriofensiva.

A Corte Interamericana, dentro do sistema internacional de proteção, foi precursora ao afirmar que o desaparecimento forçado constitui ato de profunda gravidade e de caráter contínuo e permanente, uma vez que sua execução se inicia com a privação da liberdade da pessoa e o seu desaparecimento, e perdura enquanto não se sabem o paradeiro da pessoa desaparecida e a sua identificação. Na sentença, a Corte demonstrou que essa mesma classificação é adotada na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e na de vários tribunais constitucionais, como o do México e da Venezuela.

Numa classificação dos crimes feita no Direito Penal, enquadrar-se-ia o desaparecimento forçado como espécie de crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo. Registre-se que, no Direito Brasileiro, o desaparecimento forçado não é tipificado nas leis penais, o que representa para a Corte um obstáculo para a efetivação da persecução penal por parte das vítimas e dos familiares. Nesse sentido, discorreu a Corte que

Para que uma investigação seja efetiva, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado para conduzir a investigação, o que implica regulamentar como delito autônomo, em suas legislações internas, o desaparecimento forçado de pessoas, posto que a persecução penal é um instrumento adequado para prevenir futuras violações de direitos humanos dessa natureza. Outrossim, o Estado deve garantir que nenhum obstáculo normativo ou de outra índole impeça a investigação desses atos, e se for o caso, a punição dos responsáveis. (CorteIDH, 2010, par. 109)

Diante da gravidade do desaparecimento forçado, o Estado tem a obrigação de, ocorrendo tal ato, proceder com a devida investigação e a punição dos responsáveis. Neste sentido, argumentou a Corte que a existência de qualquer indício que demonstre que determinado pessoa foi submetida a desaparecimento forçado impõe às autoridades públicas e particulares o dever de denunciar, para que se proceda com a investigação. O Estado, desse modo, deverá exercer o seu dever de garantia, que abarca o dever de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis.

No contexto da Guerrilha do Araguaia, a privação da liberdade dos guerrilheiros violou o direito à liberdade (art. 7, Convenção Americana), assim como a prática da tortura, nos casos em que foi implantada, infringiu a integridade física, psíquica e moral (art. 5). Na maioria das vezes, o desaparecimento culminou na execução do detido, em segredo e com a ocultação do cadáver, impedindo que fosse dada à vítima um devido sepultamento e retirando desta sua existência no plano jurídico do Estado. Violaram-se, assim, os direitos à vida (art. 4) e à personalidade jurídica (art. 3).

Diante de tais fatos, entendeu o Tribunal que “não há controvérsia quanto aos fatos do desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, nem da responsabilidade estatal a esse respeito” (CorteIDH, 2010, par. 118).

Ainda, a Corte destacou na sentença que a responsabilidade do Estado brasileiro por violação ao direito à integridade pessoal dos guerrilheiros deveria ser reconhecida também perante os familiares destes, equiparados, no entendimento da Corte, às próprias vítimas.

Entenda-se. O Tribunal, em sua jurisprudência, consolidou o entendimento de que os familiares das vítimas podem sofrer danos em sua integridade psíquica e moral a partir das violações de direitos humanos impetradas contra seus parentes, podendo, portanto, ocupar também o papel de vítimas. Como assentou a Corte, há uma presunção *iuris tantum* de que os familiares diretos, que compreendem os pais, mães, filhos (as), esposos (as) e companheiros (as), sofrem danos à sua integridade psíquica e moral em decorrência da violação sofrida pelo parente. Sendo uma presunção relativa, cabe ao Estado demonstrar que não houve essa violação, afastando o dever de reparar também os familiares das vítimas.

Nos demais casos, em que a alegação de dano refere-se a um familiar que não é direto (irmão (a), primo (a), sobrinho (a)), e conseqüentemente, não se aplica a presunção, a Corte entende que fica sob seu encargo verificar se entre as provas testemunhais, periciais ou documentais anexadas aos autos há alguma que indique a existência de um vínculo estreitamente forte entre o familiar e a vítima da violação dos direitos humanos que venha a justificar uma repercussão na esfera pessoal daquele, transparecendo uma situação de violação ao artigo 5 da Convenção.

No caso em questão – Guerrilha do Araguaia - a atuação positiva dos familiares dos guerrilheiros em empreitadas pela busca de justiça, do acesso às informações e da punição dos responsáveis permite que a Corte os equipare às vítimas, uma vez que as iniciativas aparecem como uma resposta à indignação moral e psíquica resultante do desaparecimento forçado e da omissão do Estado em agir para investigar os fatos, conceder as informações pertinentes e contribuir na busca pelos restos mortais das vítimas.

Destarte, a Corte acolheu o pedido da Comissão e reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil por violação do artigo 5 da Convenção, em relação com o artigo 1.1, quanto aos familiares das vítimas.

5.2.3 O direito às garantias judiciais e à proteção judicial e a Lei de Anistia brasileira – Lei n. 6.683/79

Como dispôs Roberto de Figueiredo Caldas⁴⁷, em seu voto fundamentado com relação à sentença da Corte, a decisão proferida neste caso inovou o importante debate na sociedade e no Estado brasileiro no que diz respeito ao alcance e a validade da Lei de Anistia, visto que pela primeira vez uma decisão do Tribunal interamericano foi de encontro com a jurisprudência nacional pacificada.

A Corte Interamericana declarou, por unanimidade, que o Estado brasileiro violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8 e 25, e o dever de adequar o seu ordenamento jurídico interno, previsto no artigo 2, todos da Convenção Americana, ao não proceder com as devidas investigações e punições dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados dos guerrilheiros do Araguaia por respeito ao contido na Lei de Anistia (Lei 6.683/79), deixando que este instrumento normativo representasse um obstáculo à efetivação dos direitos à verdade e à justiça.

A Lei de Anistia – Lei 6.683/79⁴⁸ - foi sancionada em 28 de agosto de 1979, após ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, e em seu conteúdo determinou que a todos que

⁴⁷ Roberto de Figueiredo Caldas foi designado pelo Estado brasileiro como juiz *ad hoc* do caso Guerrilha do Araguaia, em 12 de junho de 2009. Ainda como juiz *ad hoc* participou de outras duas demandas envolvendo o Estado brasileiro: o caso Escher e outros vs. Brasil, e o caso Garibaldi vs. Brasil. Atualmente, o juiz ocupa uma das sete vagas de juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo o segundo brasileiro a ocupar um lugar no notável órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

⁴⁸ Sobre a anistia, importante destacar que a Lei 6.683/79 não inaugurou na história da política brasileira a concessão deste benefício, uma vez que desde o século XVII, mais precisamente por ocasião da expulsão dos holandeses e de confrontos como a Revolta do Beckam, no Maranhão, e a Guerra dos Mascates, em Recife, o rei de Portugal já concedia a anistia com caráter conciliatório. A anistia foi recepcionada pela Constituição Imperial de 1824, e foi amplamente aplicada no Período Regencial, época marcada por rebeliões que culminavam sempre na prisão e execução dos envolvidos. Dependendo do governante, a anistia foi concedida de maneira irrestrita ou condicionada, como ocorreu quando o Imperador Pedro II determinou que o benefício aplicava-se somente aos conflitos indicados – Cabanagem, Revolução Farroupilha, Sabinada e Balaiada. Iniciado o período republicano, as primeiras anistias foram concedidas pelo Presidente Prudente de Moraes, em 1895, aos oficiais militares da Marinha e do Exército envolvidos nos confrontos da Proclamação da República. Na vigência das Constituições Republicanas de 1934 e de 1946, houve a concessão de anistia para os envolvidos em conflitos revolucionários. Na prática de crimes políticos, principalmente dos ocorridos na época do governo Vargas.

Com o golpe militar e a derrubada do governo civil, passaram-se 21 anos de um regime militar marcado pela suspensão de direitos, por uma ampla censura à imprensa e pela prática de crimes contra os opositores políticos. Por volta de 1974, momento em que há uma queda na aquiescência popular do militarismo, surgem diversos movimentos contrários à ditadura, entre eles, os Comitês Brasileiros de Anistia, que defendia uma anistia ampla,

cometeram crimes políticos ou conexos a estes, durante o regime militar, seria concedido anistia. Eis os termos da lei:

Art.1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigente e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Desse modo, não haveria a possibilidade de se manejar recursos judiciais para processar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos na época da ditadura. Como afirmou a Corte (2010, par. 135), “a interpretação da Lei de Anistia absolve automaticamente todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política.”

Diante deste fato, a Corte reconheceu que o Brasil, amparado pela Lei de Anistia, violou o direito das vítimas e de seus familiares de recorrerem às esferas judiciais para pleitear a condenação dos culpados pelos desaparecimentos forçados, ficando estes com o sentimento de impunidade e de injustiça diante da exclusão da responsabilidade daqueles.

Neste sentido, a decisão da Corte representou a consolidação da doutrina da incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana e com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No decorrer da sentença, foram elencadas diversas decisões e pronunciamentos, tanto da própria Corte, quando no exercício de sua jurisdição, como de outros órgãos internacionais de proteção – Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos; órgãos das Nações Unidas e outros – no sentido de afirmar que as anistias e as figuras análogas – entendam-se a prescrição e as excludentes de responsabilidade – são incompatíveis com as obrigações que cabem aos Estados para promover o direito à verdade e à justiça.

Sendo unânime o posicionamento dos órgãos internacionais de proteção e até mesmo de Cortes Supremas de alguns Estados, como é o caso da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, que declarou sem efeitos a lei de anistia por ser um obstáculo normativo para a investigação, julgamento e eventual condenação de fatos que implicavam violações dos

geral e irrestrita. Por meio de debates, panfletagens e abaixo-assinados, os Comitês angariaram um forte apoio de presos políticos e de outras camadas da sociedade, culminando na aprovação da lei de anistia, Lei n. 6.683/79, no dia 28 de agosto de 1979. Ver mais em: O Significado da Anistia. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/ditaduras_es_parte_03.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2014.

direitos humanos, não restou outro caminho para a Corte Interamericana se não o de declarar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, não apenas por impedir o exercício dos direitos previstos nos artigos 8 e 25 do Pacto de São José, mas também por descumprir o dever de estruturar seu ordenamento jurídico de maneira a adequá-lo às normas internacionais de proteção.

Registra-se que um Estado, ao ratificar a Convenção Americana, e qualquer outro tratado de direitos humanos, assume o dever de modificar seus instrumentos administrativos, normativos e judiciais, do âmbito federal, estadual e municipal, para adequá-los às obrigações contidas naquele instrumento internacional. Desse modo, diante da existência de uma lei de anistia, que já foi declarada como sem efeitos pela Corte Interamericana, o Estado que tenha ratificado a Convenção e reconhecido a competência deste órgão, deve optar pela sua revogação, harmonizando o ordenamento jurídico interno com as disposições convencionais.

Com relação ao Brasil e à Lei de Anistia brasileira, esta regra não foi observada, como pode ser visto do julgamento da ADFP n. 153. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal – STF, órgão supremo do Poder Judiciário brasileiro, julgou improcedente a Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental n. 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que buscava uma nova interpretação constitucional da Lei de Anistia. Ao optar pela improcedência, o STF acabou por afirmar a validade e a constitucionalidade da referida lei, argumentando que esta deveria ser interpretada a partir do contexto histórico que justificou sua criação, além de que se tratava de “uma lei-medida”, instrumento que o Estado brasileiro considerou como necessário para promover a conciliação nacional.

A decisão do STF, com efeitos vinculantes e eficácia erga omnes, representou a perpetuação da impunidade e da injustiça, uma vez que fortaleceu a ideia de que os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos na ditadura militar não poderiam ser sancionados por terem sido agraciados com a anistia, impedindo as vítimas e os familiares de exercerem seus direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.

Com a decisão da Suprema Corte, o Tribunal interamericano declarou que o Estado brasileiro violou o seu dever de garantia, previsto no artigo. 1.1 da Convenção, por utilizar-se da lei de anistia para não realizar as investigações dos fatos, o julgamento e, sendo o caso, a devida punição dos agentes que executaram as violações de direitos humanos.

Outrossim, a atuação do STF foi de encontro com a teoria de que os juízes nacionais devem implementar, conjuntamente com a Corte Interamericana, o controle de convencionalidade. Se assim tivesse feito, o STF teria concluído que a anistia confronta com

as obrigações assumidas pelo Estado, determinando, portanto, a sua ineficácia, e garantindo, assim, a máxima efetividade das normas da Convenção Americana.

5.2.4 O direito à liberdade de pensamento, de expressão, de acesso à informação e as medidas judiciais correspondentes

Na sentença proferida pela Corte, a responsabilização internacional do Estado brasileiro teve também como um dos fundamentos a discussão acerca da violação da liberdade de pensamento e de expressão das vítimas e dos familiares dos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, direitos garantidos no artigo 13 da Convenção Americana.⁴⁹

Em uma interpretação literal do dispositivo, concluiu a Corte que o direito à liberdade de pensamento e de expressão não abarca só o direito de se manifestar, exteriorizando uma opinião própria, mas também o direito de buscar, ter acesso e divulgar informações. Desse modo, qualquer indivíduo pode buscar e receber informações, configurando, portanto, um direito positivo, que implica para o Estado uma obrigação positiva, qual seja, a de fornecer toda e qualquer informação que lhe for solicitada.

Registre-se que, em se tratando de informações que estão sob a custódia do Estado, este tem o dever de prestá-las, só podendo negar-se de forma fundamentada e por uma das hipóteses previstas na Convenção. Assim é em virtude de que as informações são de interesse não apenas do indivíduo, mas também da sociedade, uma vez que nela repercute. E ainda mais, a Assembleia Geral da OEA considera o acesso à informação como “requisito indispensável para o funcionamento mesmo da democracia, uma maior transparência e uma boa gestão pública” (CorteIDH, 2010, par. 198).

⁴⁹ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Nesse sentido, a Corte invocou o princípio da máxima divulgação para explicar que toda informação, na vigência de um Estado democrático, goza da presunção de acessibilidade, presunção esta que admite relativização somente nas exceções elencadas *numerus clausus*.

No contexto da Guerrilha do Araguaia, a negativa do Estado em permitir que os familiares tenham acesso às informações referentes aos fatos ocorridos naquele confronto, implica em violação ao artigo 13 da Convenção, e conseqüentemente, no reconhecimento de sua responsabilidade perante a comunidade internacional.

Em se tratando de fatos de violação de direitos humanos, os familiares das vítimas têm o direito de receber e acessar todas as informações que permitam construir a verdade real dos fatos, conferindo máxima efetividade aos direitos à verdade, à justiça e à reparação. Essa regra deve ser observada com maior ênfase, como explica a Corte, nos casos de desaparecimento forçado, uma vez que nestas situações, os familiares precisam receber informações a respeito da localização de seus parentes ou dos restos mortais.

Diante do não cumprimento deste dever pela União, os familiares das vítimas e o Ministério Público Federal recorreram ao Poder Judiciário brasileiro para pleitear mediante ações de natureza civil que o Estado tomasse as iniciativas cabíveis para garantir o acesso aos documentos, arquivos e todas as informações referentes ao período da ditadura militar, em especial, às investidas do Exército na região do Araguaia, que resultaram no desaparecimento forçado dos guerrilheiros.

Neste escopo, em 19 de fevereiro de 1982, 22 familiares ajuizaram a Ação Ordinária nº 82.0024682-5, pedindo da União informações a respeito da sepultura dos desaparecidos, com a conseqüente emissão dos certificados dos óbitos e o traslado dos restos mortais. Postularam ainda a divulgação do Relatório Oficial do Ministério de Guerra, de 1975.

Ao longo do processo, a União manejou diversos recursos para impedir o conhecimento do mérito pela Primeira Vara Federal do Distrito Federal, não obtendo sucesso na maioria deles. Dessa forma, em junho de 2003 foi proferida sentença julgando procedente o mérito e condenando a União a apresentar todas as informações relativas às operações militares relacionadas à Guerrilha e sobre o local de sepultamento dos desaparecidos, além de outras medidas. A execução da sentença foi ordenada em 12 de março de 2009.

Como já registrado no ponto 5.2.1 deste trabalho, o Estado brasileiro invocou esta ação ordinária para alegar que a demanda apresentada pela Comissão não poderia ser analisada pela Corte, uma vez que não haviam se esgotado os recursos internos no território brasileiro. No entanto, a Corte, como também já foi mencionado, não acolheu a exceção

alegando demora injustificada na prolação da sentença definitiva da ação, o que viola o direito de acesso à justiça.

Além da Ação Ordinária, o Ministério Público Federal promoveu a Ação Civil Pública nº 2001.39.01.000810-5 contra a União requerendo que, por meio da assistência social, fosse cessada a influência das Forças Armadas sobre os habitantes do Araguaia, e que a União dispusesse de todos os documentos relacionados às ações dos militares na Guerrilha.

Ressalta-se que a referida ação coletiva foi resultante da promoção de três Inquéritos Cíveis – Inquéritos Cíveis nº 1/2001, 3/2001 e 5/2001 – de autoria das Procuradorias da República dos Estados do Pará, de São Paulo e do Distrito Federal, com o objetivo de recolher informações sobre a Guerrilha do Araguaia.

Percebe-se que o objeto da ação civil pública assemelha-se com o objeto da ação ordinária, em especial quanto ao pedido de fornecimento dos documentos. Por este motivo, a União, em dezembro de 2009, em sede de Agravo de Instrumento, demandou que fosse declarada a perda do objeto, uma vez que já estava cumprindo a sentença condenatória transitada em julgado proferida na ação individual.

Por fim, ainda no contexto das medidas judiciais adotadas para proteção dos direitos à liberdade de pensamento e de expressão, destaca-se a notificação judicial apresentada pelo Ministério Público Federal e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, em dezembro de 2005, ao Presidente da República, ao Vice-Presidente e a outros altos funcionários do governo e das Forças Armadas, cujo objeto foi a desclassificação dos documentos sigilosos que tratam da Guerrilha do Araguaia e que são de interesse dos familiares dos mortos e dos desaparecidos.

Apontados os fundamentos elencados pela Corte e que alicerçaram sua decisão, analisar-se-ão agora as inovações trazidas pela referida sentença no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

5.3 INOVAÇÃO: MEDIDAS DE REPARAÇÃO ADOTADAS PELO ESTADO

Frente à condenação do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado dos guerrilheiros do Araguaia, violando os artigos 3, 4, 5, 7, 8, 13 e 25, relacionados aos artigos 1.1 e 2, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, restou ao Brasil, diante da sua vinculação ao teor da decisão proferida pela Corte, adotar as medidas sugeridas a fim de dar o devido cumprimento àquele ato jurisdicional.

Uma vez reconhecida a responsabilidade, a Corte impôs ao Estado brasileiro o dever de reparação, previsto expressamente no art. 63.1 da Convenção⁵⁰, e que consiste em reparar os danos causados pelos fatos alegados, desde que provado o nexo de causalidade. Nestes termos, a Corte ordenou, para cada direito violado, a medida a ser adotada pelo Estado para reparar a ofensa e garantir a não repetição da violação, além do pagamento de indenizações pelos danos materiais e imateriais sofridos pelas vítimas e seus familiares.

Como já explicitado, a Corte apenas impõe quais devem ser as reparações a serem efetivadas pelo Estado condenado, ficando a cargo deste a escolha dos meios para cumprir as obrigações. No presente caso, o Brasil introduziu diversas medidas para o cumprimento da sentença, as quais foram elencadas pela Corte na Resolução de Supervisão de Cumprimento da Sentença de 17 de outubro de 2014. (CorteIDH, 2014)

Inicialmente, para implantar uma investigação judicial completa, efetiva e imparcial dos desaparecimentos forçados e da execução extrajudicial, a fim de se apurarem os fatos e punir os responsáveis intelectuais e materiais das violações, o Estado caminhou para tipificar o delito de desaparecimento forçado nos termos em que defende o Sistema Interamericano, introduzindo iniciativas legislativas versando sobre o tema.

Na data da sentença, estava em votação no Congresso Nacional o Decreto legislativo nº 116, de 2008, que aprova a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Em abril de 2011, houve a aprovação pelo Senado Federal; e, em três de fevereiro de 2014, o depósito do instrumento de ratificação perante a OEA.

No mesmo sentido, em maio de 2011, o Senador Vital do Rêgo apresentou ao Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 245/11, que busca alterar o Código Penal brasileiro para incluir o art. 149-A que trata do crime de desaparecimento forçado de pessoa. Conforme consta do site oficial do Senado, em agosto de 2013 o texto foi aprovado naquela Casa Legislativa, sendo, em seguida, enviado à Câmara dos Deputados para aprovação como Projeto de Lei nº 6.240/2013. Até o fechamento deste trabalho, o projeto estava sendo apreciado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO).

Ainda no Senado, tramita o PLS nº 236/2012, de iniciativa do Senador José Sarney, que propõe um novo Código Penal brasileiro, tipificando no art. 446 o crime de desaparecimento forçado. Até a conclusão deste trabalho, o projeto se encontrava na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para aprovação.

⁵⁰ Artigo 63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Com base na sentença da Corte, foram ajuizadas, perante a jurisdição comum⁵¹, as ações penais nº 1162-79.2012.4.01.3901, ajuizada em 14 de março de 2012; e a nº 4334-29.2012.4.01.390, de 16 de julho do mesmo ano; ambas impetradas pelo Ministério Público Federal, em defesa de seis desaparecidos contra membros do Exército.

Além de promover uma investigação judicial efetiva, a Corte determinou ao Brasil uma intensificação nos processos de busca, localização e identificação dos desaparecidos, assim como a entrega rápida dos restos mortais aos familiares.

Para tanto, destaca-se a criação do Grupo de Trabalho Tocantins, em abril de 2009, por meio do Decreto nº 567 do Ministério da Defesa, com o objetivo de desenvolver expedições aos sítios da região do Araguaia para localizar, reconhecer e identificar os corpos dos guerrilheiros e também dos militares executados na Guerrilha. Em 2011, o grupo foi ampliado e passou a ser denominado de Grupo de Trabalho Araguaia. Em quatro anos de atividades, 19 restos mortais foram localizados.⁵²

O trabalho do referido Grupo está diretamente ligado ao Banco de DNA, criado pelo Estado em 2006, que contém amostras de sangue dos familiares para permitir a identificação dos desaparecidos. Até 2010, o Banco contava com 142 amostras de sangue de familiares de 108 desaparecidos políticos.⁵³

Registre-se que essas iniciativas, valoradas positivamente pela Corte, foram adotadas pelo Brasil para cumprimento da sentença da Ação Ordinária nº 82.0024682-5.

Outra importante inovação foi a Comissão Nacional da Verdade - CNV, criada pela Lei 12.528/2011, e instituída em 16 de maio de 2012, tendo como principal objetivo a apuração dos casos de desaparecidos políticos a fim de efetivar o direito à memória e a reconciliação nacional. Em agosto de 2012, através da Resolução nº 2, a Comissão afirmou que seu objeto de estudo são as graves violações de direitos humanos praticadas pelos agentes estatais, com base no que dispõe a Lei 9.140/95.

⁵¹ Par. 257. Especificamente, o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar. Cf. Caso Gomes Lund e Outros VS Brasil. Guerrilha do Araguaia. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219.

⁵² Nesse sentido: “O Grupo de Trabalho Araguaia (GTA) fez a exumação de dois restos mortais na região dos estados do Tocantins e do Pará durante a última expedição, que ocorreu entre os dias 10 e 20 de junho. Os despojos foram transportados de Marabá (PA) para Brasília, onde serão periciados. Durante os quatro anos de trabalho do grupo, 19 restos mortais foram localizados.” Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=85398. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵³ Direito à Memória e à Verdade, folhas 5611 e 5612 *apud* Cf. Caso Gomes Lund e Outros VS Brasil. Guerrilha do Araguaia. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, pars. 99 e 260.

Por intermédio da Lei 9.140/95, o Brasil reconheceu internamente sua responsabilidade pelos desaparecimentos políticos, viabilizando a possibilidade de as vítimas e familiares pleitearem reparação pecuniária pelos danos sofridos perante a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, responsável pela identificação das pessoas desaparecidas.

A respeito da CNV, no dia 10 de dezembro de 2014, Dia Internacional dos Direitos Humanos, foi divulgado o relatório final contendo a descrição dos trabalhos realizados pelos seus membros. O relatório final, dividido em três volumes⁵⁴, contém a descrição de todas as diligências e perícias realizadas, e as graves violações de direitos humanos praticadas pelos agentes do Estado, destacando os métodos de tortura e de execução implantados, os locais e as instituições onde ocorreram as violações, além de casos emblemáticos como foi o da Guerrilha do Araguaia.

Através de provas documentais e de três audiências públicas realizadas em novembro de 2012, agosto e setembro de 2014, a CNV conseguiu clarear as informações acerca dos fatos que realmente ocorreram na Guerrilha, quebrando o silêncio que imperou por ordem dos militares e que continuava imperando por omissão do Estado civil em fornecer relatos e provas, buscando, assim, evitar a consolidação do medo e do silêncio entre as vítimas e seus familiares.

Registra-se que, dentre as informações contidas neste relatório, está a de que o governo brasileiro foi diretamente responsável pelos ataques aos guerrilheiros, uma vez que “todas as decisões estratégicas e todos os métodos repressivos empregados no Araguaia contaram com a concordância ou anuência do chefe do Centro de Informações do Exército, dos ministros das Forças Armadas e do presidente da República” (Volume 1. Parte IV. Capítulo 14. Par. 97. Pág. 125), revelando que toda a atuação militar foi sistemática, planejada e organizada. Nos termos do relatório:

O caráter sistemático da atuação das Forças Armadas na região do Araguaia pode ser identificado por meio da repetição dos procedimentos adotados pelos agentes do Estado no trato dos moradores locais e indígenas, na condução dos interrogatórios, no tratamento dos presos e na adoção de uma política deliberada de extermínio extrajudicial dos guerrilheiros encontrados na mata. (Idem)

Desse modo, concluiu a Comissão que a atuação dos militares não foi uma exceção nem muito menos uma conduta excessiva justificada por estar em determinada situação.

⁵⁴ Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. Volumes 1, 2 e 3. Os volumes estão disponíveis para download em: <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>. Acesso em 16 dez. 2014.

Havia a autorização das Forças Armadas para torturar, executar e desaparecer com o cadáver, e assim colocar em prática tudo o que era pregado e defendido na Doutrina da Segurança Nacional.

No texto do relatório, a Comissão destacou a condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana e enfatizou a vinculação do Brasil à jurisdição daquele órgão, que resulta na obrigação de cumprir todas as determinações impostas. Ademais, ressaltou a incompatibilidade entre a lei de anistia brasileira e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acentuando que a referida decisão foi de grande destaque para a jurisprudência da Corte, uma vez que consolidou o entendimento quanto às leis de anistia e a sua inaplicabilidade nos países signatários daquele tratado. Segundo a Comissão:

A racionalidade da Corte Interamericana é clara: leis de autoanistia constituem ilícito internacional; perpetuam a impunidade; e propiciam uma injustiça continuada, impedindo às vítimas e a seus familiares o acesso à justiça, em direta afronta ao dever do Estado de investigar, processar, julgar e reparar graves violações de direitos humanos. (Parte V. Capítulo 18. Pár. 18. Pág. 8)

Nesse sentido, a Comissão fez algumas recomendações ao Governo, algumas delas que já haviam sido cominadas pela Corte IDH na sentença, como a inclusão do estudo sobre os direitos humanos e os princípios do Estado democrático na formação dos integrantes das Forças Armadas; a criação de mecanismos para combate à tortura pelas instituições policiais; a instalação de uma rede de saúde específica para oferecer atendimento médico e psicossocial às vítimas e seus familiares; o aperfeiçoamento dos métodos para identificação dos desaparecidos; e o prosseguimento na abertura dos arquivos do regime militar.

Por meio do relatório da CNV e da Resolução de Cumprimento da Sentença da Corte, evidencia-se que o Brasil está caminhando para cumprir com suas obrigações internacionais. Contudo, ainda são muitas as providências que precisam ser tomadas para que as determinações da Corte sejam plenamente cumpridas, e consequentemente, o Brasil afirme, perante a comunidade internacional, a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internas e externas. Quem sabe, assim, no âmbito interno, será possível visualizar a superação de graves violações de direitos humanos, como foi a Guerrilha do Araguaia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de promover um estudo acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, este trabalho foi desenvolvido a partir da premissa de que os direitos humanos são valores essenciais e universais, posto que são inerentes a todo e qualquer ser humano, fazendo deste sujeito de direitos e deveres perante a ordem interna de um Estado e também perante a comunidade internacional.

A criação de um ramo próprio do Direito Internacional voltado à proteção de tais direitos foi resultado de um processo de internacionalização que se iniciou a partir do reconhecimento de que a proteção oferecida pelos Estados internamente não eram suficientes para garantir e efetivar direitos tão importantes e essenciais ao ser humano.

As violações aos direitos humanos sempre estiveram presentes na história, desde a Antiguidade ao Estado Moderno. Apesar da diversidade de atos, os direitos humanos sempre foram alvos da arbitrariedade e da força estatal e do particular. Nesse sentido, era mais do que necessário ampliar a proteção de tais direitos para o âmbito internacional, criando para os Estados a responsabilidade de orientar suas relações internas e internacionais para garantia de tais direitos, sob pena de sofrerem sanções.

Consolidado o universalismo dos direitos humanos através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, criaram-se os Sistemas Global e Regionais de Proteção, estruturados por documentos internacionais de proteção e por órgãos responsáveis pela aplicação destes. Dentre os Sistemas Regionais – Europeu, Interamericano e Africano – o presente trabalho fez uma análise do Sistema Interamericano e, posteriormente, da posição que o Estado brasileiro ocupa no cenário internacional de proteção.

Membro da OEA, o Brasil faz parte do Sistema Interamericano e integra ao seu ordenamento jurídico os diversos tratados internacionais de proteção, entre eles, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O legislador constituinte, preocupado com a construção de um Estado Democrático, e visando a extinguir a imagem de um Estado recentemente dominado pelas forças militares, abriu a ordem constitucional para ampliar os direitos previstos no rol do art. 5º e ao mesmo tempo reconheceu a competência contenciosa da Corte, vinculando-se às decisões proferidas por este órgão nos casos em que for parte, como foi a proferida no caso Guerrilha do Araguaia.

A atuação do Sistema Interamericano deve ser valorada positivamente, tendo em vista que atualmente representa um forte instrumento para consolidar a proteção dos direitos humanos no continente americano, através da atuação da Comissão e da Corte.

Por meio da Comissão, o particular ou o Estado pode dirigir-se diretamente à esfera internacional pleiteando a condenação de determinado Estado pela prática de atos ofensivos aos direitos humanos. Dessa forma, se os recursos internos de um Estado não forem aptos a oferecer uma proteção adequada à vítima ou a seus familiares, esses poderão recorrer aos órgãos internacionais.

Quanto à Corte, no exercício de sua função consultiva, ela uniformiza a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, da mesma forma que, nos casos em que houver a necessidade do desempenho da função contenciosa, ela ordena aos Estados que adote as medidas para se adequar às normas internacionais de proteção.

Teoricamente, é visível a força e a importância do Sistema Interamericano para estruturar dentro dos países americanos um ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos humanos. Contudo, na prática há fatores que impedem que a atuação deste sistema gere os resultados esperados e desejados.

Primeiramente, destacou-se o fato de as decisões da Corte não gozarem de executoriedade, o que resultou, como já visto, na liberdade dos Estados de escolher os meios pelos quais darão cumprimento à decisão. Partiu-se da ideia de que a Corte quis conferir respeito à soberania dos Estados evitando impor as medidas que estes deveriam adotar. No entanto, é questionável tal afirmação frente à existência de países cujo ordenamento jurídico não prevê um procedimento próprio para a execução dessas decisões.

O que ocorre é que, nos países em que a legislação interna não prevê o procedimento para a execução das decisões internacionais, estas ficam condicionadas aos interesses políticos, o que culmina no condicionamento da própria eficácia dos direitos humanos. É o que ocorre no Brasil, por exemplo, em que o legislador só previu o procedimento para a execução das sentenças estrangeiras, que não é o caso das proferidas pela Corte, que são sentenças internacionais.

Em virtude disto, resta ao indivíduo lesado esperar que o Estado, espontaneamente, a seu tempo, decida cumprir a sentença, principalmente em se tratando de uma condenação à obrigação de fazer ou não fazer, caso em que a legislação brasileira é completamente omissa quanto ao procedimento a ser seguido.

Soma-se a isso a inexistência de uma sanção em caso de descumprimento das decisões internacionais, ao contrário do que ocorre no Sistema Europeu, onde o Estatuto do Conselho da Europa⁵⁵ prevê que o Estado que descumprir decisão da Corte Europeia poderá ser expulso

⁵⁵ Artigo 3. Todos os Membros do Conselho da Europa reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e

do Conselho. A falta de medidas coercitivas dentro do Sistema Interamericano coloca em risco a eficácia imediata e obrigatória dos efeitos das sentenças da CorteIDH dentro do âmbito interno do Estado condenado.

Logo, a efetividade do Sistema Interamericano para o cumprimento do seu fim maior, qual seja, a proteção dos direitos humanos, depende diretamente da adoção de sanções para o caso de descumprimento das sentenças e da modificação das legislações internas dos Estados com a adoção do procedimento para execução daquelas.

No que diz respeito ao Brasil, vale ressaltar a importância da atuação da Corte no caso Guerrilha do Araguaia. Apesar de não ter sido a primeira condenação do Estado brasileiro, esta decisão foi a que mais repercutiu positivamente no ordenamento jurídico interno, posto que colocou à prova a validade da Lei de Anistia, elaborada para ter eficácia e vigência plena. Atualmente, resiste o Estado brasileiro, com respaldo na decisão do STF, para manter os efeitos deste instrumento normativo, não obstante ser clara a sua contrariedade com a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte.

Este trabalho posicionou-se no sentido de que é necessária uma reavaliação sobre a eficácia desta lei, visto que representa um obstáculo à concretização da própria justiça quando não permite que sejam punidos os responsáveis pelos desaparecimentos dos guerrilheiros.

Ademais, esta decisão não discute um assunto que afeta apenas o interesse das partes, mas que abrange também o de toda a sociedade brasileira, uma vez que diz respeito a uma parte da história do País que até hoje não teve seus fatos e acontecimentos completamente esclarecidos.

As obrigações impostas pela Corte, ao condenar o Estado brasileiro, não se esgotam somente nas modificações internas na legislação, na punição da atuação dos agentes públicos ou na garantia do acesso à verdade pelos familiares. Na verdade, considera-se que, por trás destas medidas, há uma intenção maior de promover o acesso à verdade por toda a população brasileira, e mais ainda, consolidar aos olhos de todos, em especial, dos agentes políticos, que, em nenhuma hipótese, deve ser admitida a violação aos direitos humanos. Ainda mais quando se trata de um Estado que tem como um dos seus fundamentos básicos a dignidade da pessoa humana.

das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e ativamente na prossecução do objetivo definido no capítulo I.

Artigo 8. Qualquer Membro do Conselho da Europa que atente gravemente contra o disposto no artigo 3.º pode ser suspenso do seu direito de representação e convidado pelo Comité de Ministros a retirar-se nas condições previstas no artigo 7. Se não for tomado em consideração este convite, o Comité pode decidir que o Membro em causa deixou de pertencer ao Conselho a contar de uma data que o próprio Comité fixa.

O Brasil vem demonstrando disposição para cumprir integralmente a sentença da Corte, apesar de que a demora para que ocorram as reparações justifica-se por haver um interesse político contrário ao reconhecimento da responsabilidade dos militares, bem como a reiterada afirmação de que a ditadura foi necessária e que o perdão concedido apenas objetivava a reconciliação nacional.

Tais argumentos precisam ser revistos e o Estado brasileiro precisa dar continuidade ao cumprimento da sentença. Nesses modos, caminhará para consolidar sua posição de Estado democrático e garantidor dos direitos fundamentais no plano internacional de proteção.

REFERÊNCIAS

A PARTICIPAÇÃO das mulheres na Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <http://guerrilhaaraguaia.blogspot.com.br/p/participacao-das-mulheres-na-guerrilha.html>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bobbio_Positivismo.pdf. Acesso em: 21 out. 2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=6&data=09/11/1992>. Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998. Reconhece a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 4 dez. 1998. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=2&data=04/12/1998>. Acesso em: 22 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 236 de 2012. Dispõe sobre a Reforma do Código Penal Brasileiro. **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 245 de 2011. Acrescenta o art. 149-A ao Código Penal para tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoa. **Secretaria de Expediente**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89996&tp=1>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental nº 153 – DF**. Plenário do STF. Brasília, DF, 29 abril 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168467&base=baseAcordaos>. Acesso em: 03 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131 – DF**. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 23 nov. 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096742&base=baseAcordaos>. Acesso em: 03 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004 – SE**. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 01 jun. 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105263&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, jun/dez 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1717/1331>>. Acesso em: 23 out. 2014.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22295-22296-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

CORTEIDH. Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. **Sentencia de 24 de noviembre de 2010**. Serie C. N. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CORTEIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. **Sentencia de 5 de febrero de 2001**. Serie C. N. 73. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2014.

CORTEIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. **Sentencia de 21 de Julio de 1989**. Serie C N. 7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

CORTEIDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. **Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Série C No. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

CORTEIDH. **Información sobre el Sistema."Texto informativo sobre el Sistema Interamericano, presentación de denuncias, realización de consultas a la Corte y visitas a la Sede del Tribunal"**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/denuncias-consultas>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

CORTEIDH. **Parecer Consultivo OC – 21/14 de 19 de agosto de 2014**. Direitos e Garantias de Crianças no contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

CORTEIDH. **Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de julho de 2011**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Assunto da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_09_por.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CORTEIDH. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014.** Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2014.

FILHO, Napoleão Casado. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade. In **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.** Disponível em: <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/Sidney%20Guerra.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

HASHIMOTO, Érica Akie. Congresso Nacional aprova Projeto de Decreto Legislativo nº 116 de 2008, que trata da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1964. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.** Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13798-Conven%C3%A7%C3%A3o-Interamericana-sobre-o-Desaparecimento-For%C3%A7ado-de-Pessoas>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Soberania e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **STF. Portal TV Justiça.** Brasília, DF, a.39 n. 156, out/dez. 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo___Soberania_e_Direitos_Humanos___Valerio_Mazzuoli.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 nov. 2014.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Países que ratificaram a Convenção e reconheceram a competência da CorteIDH. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 03 nov. 2014.

ONU. **Carta das Nações Unidas.** Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

O SIGNIFICADO da Anistia. Terceira Parte. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/ditaduras_es_parte_03.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2014.

PEREIRA, Taís Mariana Lima. O Cumprimento das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law.** Chapecó, v. 14, n. 2, pág. 315-348, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2777/2091>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. **Revista CEJ**. V. 9, n. 29, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. Volumes 1, 2 e 3. Disponíveis para download em: <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>. Acesso em 16 dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.